CARLOS CREUS

Derecho penal

Parte general

3ª edición actualizada y ampliada

ASTREA

1ª edición, 1988.
2ª edición, 1990.
3ª edición, 1992.

© EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA S.R.L.
Lavalle 1208 - (1048) Buenos Aires

ISBN: 950-508-247-9

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
IMPRESO EN LA ARGENTINA

PRÓLOGO

Pretendo seguir haciendo dogmática de la ley argentina sin preocuparme por la trascendencia de la obra en otras latitudes; posiblemente sea esta preocupación la que esté llenando de tensiones a un sector demasiado importante de nuestros publicistas. Pero también me parece absurdo enrocarme en una exposición tradicional que obvie la consideración de la ciencia penal de los últimos tiempos, en su totalidad o en sus formulaciones más duramente críticas o más espectacularmente futuristas. Al tenerlas en cuenta he debido ceder terreno en la tendencia a expurgar mis trabajos de interpolaciones culturales demasiado cargadas de sentidos jurídicos extraños a los nuestros, pero en todo caso he procurado señalarlas lo más nítidamente posible.

Es por eso que me ha parecido conveniente dividir la exposición en dos textos distintos: uno que intenta ser accesible aun a quien acuda a su lectura con preocupación de alumno; otro más bien destinado a quien ya conozca la materia, con distinta especie de información y con mayor dosis de debate. Pienso que ello puede permitir el empleo del trabajo en la tarea docente, quedando a cargo del profesor recomendar o no la lectura del último a sus estudiantes (el índice alfabético que se incluye ha tenido en cuenta esta finalidad, volcando en él las nomenclaturas de los programas).

El grueso de la información que proporciono proviene de trabajos escritos originalmente en nuestra lengua; salvo en muy pocos lugares, las excepciones refieren a publicaciones extranjeras de las que no he podido prescindir por la asiduidad de las remisiones de aquéllos. Me parece que el actual despliegue de la doctrina penal de habla castellana, con el voluminoso aporte argentino y español y de otros países hispanoparlantes (como ocurre con Colombia, de tan intensa actividad editorial) tiene que hacernos recapacitar sobre nuestra tendencia a acudir al libro extranjero, que nos ha dejado de ser indispensable, al menos en la medida en que pudo serlo antes. Aunque ello me atraiga la imputación de participar de un provincialismo infértil, confieso que esta actitud ha sido bastante meditada por mi parte.

Nos guste o no, el derecho y su doctrina deben todo a la alquimia de la palabra; la claridad de las conceptualizaciones de ésta y, como consecuencia, la certeza en la aplicación de aquél, depende de la mayor certidumbre que se pueda alcanzar sobre los contenidos de los vocablos. Pretender elaborar dogmática sobre disposiciones redactadas en castellano, empleando la terminología arrancada de una doctrina construida en otra lengua, es bastante peligroso. Aun cuando se trate de idiomas que muchos de nosotros hemos escuchado desde la cuna, la pretensión de trasladar al nuestro de cada día su terminología jurídica, difícilmente se vea coronada con el éxito de expresar todos los matices del sentido que ella carga; más de una vez se nos han presentado como axiomas indiscutidos lo que no pasa de ser una inexacta traducción.

El frecuentador de la doctrina penal advertirá de inmediato cómo, sin dejar de plantear mis ideas, he intentado apartarme de la disputa que se asume con crueldad de querella religiosa y que parece haberse hecho carne entre nosotros, ya que casi siempre nos hace olvidar el verdadero destino de aquélla y muchas veces nos baja al infierno de aplicar la mente "a la simétrica porfía... que entreteje naderías", en el decir del poeta. Y porque para quien, además de pasarse varios años enseñando, se ha pasado otros muchos decidiendo conflictos de vida, no resulta agradable elevar complicados andamios para parar un huevo cuando puede hacerlo con un simple golpe.

He aprendido con los hombres de mi generación lo que antes aprendieron los de las anteriores: que a cierta altura del camino no deja de pesar una cuota de cansancio y hastío, difícil de superar sin cierta ayuda. He tenido la suerte de recibirla; vaya pues mi agradecimiento fervoroso para quienes –a lo mejor sin saberlo– me la prestan todos los días, algunos de los cuales han tomado a su cargo completar parte de los textos cuando mi paciencia se estaba agotando.

Al encarar esta tercera edición he debido restringirme a la mera información de los últimos movimientos de la doctrina penal, sin entrar en su debate; hacerlo hubiese acarreado como consecuencia una extensión desmesurada del texto, haciéndole perder su carácter y desconociendo las finalidades que guiaron inicialmente su confección. Ello también me obligó a limitar la mención de nuevos aportes bibliográficos al mínimo que consideré indispensable para que el lector pueda ampliar aquellas escuetas noticias.

CARLOS CREUS

ÍNDICE GENERAL

Prólogo V

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN

A) CONCEPTO Y CARACTERES DEL DERECHO PENAL

§ 1. Contenido del derecho penal 1
§ 2. El sentido de la pena en cuanto carácter distintivo del derecho penal 2
§ 3. Integración de las medidas de seguridad en el derecho penal 3
§ 4. Concepto actual del derecho penal como legislación 4
§ 5. Caracteres del derecho penal 4

B) EL "IUS PUNIENDI"

§ 6. Concepto y caracteres 5
§ 7. Límites del "ius puniendi". Normas constitucionales 6
§ 8. El delito político y los límites del "ius puniendi" 7
§ 9. Los instrumentos internacionales como límites del "ius puniendi" del Estado 7
§ 10. Fundamento y fin de la pena 8
a) Teorías absolutas 8
b) Teorías relativas 9
c) Teorías mixtas 9
§ 11. Debate entre la prevención general y la prevención especial en la doctrina contemporánea 11
§ 12. Las medidas de seguridad y los límites del "ius puniendi" 12
§ 13. Ejecución del "ius puniendi". Derecho procesal penal y derecho de ejecución penal 13

§ 14. Ejercicio del "ius puniendi" e ideologías que fundamentan el derecho penal. Derecho penal individualista y socialista, liberal y autoritario, de acto y de autor, de culpabilidad y de peligrosidad 14

C) EL DERECHO PENAL EN RELACIONES JURÍDICAS ESPECIALES

§ 15. Derecho penal común y derecho penal especial 16
§ 16. Derecho penal disciplinario 16
§ 17. Derecho penal militar 17
§ 18. Derecho penal contravencional. Delitos y faltas o contravenciones 18
§ 19. Derechos penales con pretensiones autonómicas 21

D) LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y LAS DISCIPLINAS RELACIONADAS CON LA OCURRENCIA DELICTIVA

§ 20. Conocimiento del derecho penal 22
§ 21. La ciencia del derecho penal como dogmática 22
§ 22. El denominado "método dogmático" 23
§ 23. Criminología 25
§ 24. Política criminal 27

E) ACLARACIÓN METODOLÓGICA EN TORNO DE LAS DIVISIONES DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PENAL

§ 25. Particularidades de nuestra exposición 27

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL

§ 26. Líneas generales de la evolución del derecho penal 29

A) CAMINO HACIA LA PENA PÚBLICA E INDIVIDUAL

§ 27. Posibles proyecciones de un derecho penal prehistórico .. 29
§ 28. Coexistencia de un derecho penal mágico. Las prohibiciones tabú 30

§ 29. Especies de penas en el derecho prehistórico 30
§ 30. Limitaciones de la pena 31
§ 31. Derecho penal histórico 31
§ 32. Proceso de laicización del derecho penal 32
§ 33. Paso de la Edad Media a la Moderna 33

B) CAMINO HACIA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA *RESPONSABILIDAD SUBJETIVA ESTRICTA*

§ 34. La Ilustración 33
§ 35. La codificación del derecho penal liberal 34
§ 36. La "escuela clásica" 34

C) ACENTUACIÓN DEL DEFENSISMO SOCIAL

§ 37. El positivismo y la escuela positiva 35
§ 38. Las denominadas "escuelas intermedias" 36

D) DEL POSITIVISMO JURÍDICO A UNA INTERPRETACIÓN "POLÍTICA" DEL DERECHO PENAL

§ 39. El auge de la dogmática 37
§ 40. La expresión alemana 38
§ 41. Regreso al desconocimiento del principio de legalidad. El sistema penal fascista 39
§ 42. Sistema penal nacional-socialista 40
§ 43. Sistema penal soviético 40
§ 44. Superación de la ley y las corrientes "políticas" en el derecho penal 41

E) LAS IDEAS PENALES ARGENTINAS

§ 45. El siglo XIX 42
§ 46. El positivismo 42
§ 47. La dogmática 43
§ 48. Normativismo culturalista 44
§ 49. La egología 44
§ 50. Noticia sobre el finalismo argentino 46
§ 50-1. Criminología crítica y abolicionismo 46

F) LEGISLACIÓN PENAL ARGENTINA

§ 51. Noticia sobre el proceso legislativo argentino desde la codificación del siglo XIX hasta nuestros días 47

CAPÍTULO III

TEORÍA DE LA LEY PENAL

I. INTRODUCCIÓN. FUENTES DEL DERECHO PENAL

A) FUENTES DE PRODUCCIÓN Y FUENTES DE CONOCIMIENTO

§ 52. Fuentes de producción. El derecho penal y el sistema jurídico-político argentino 49
§ 53. Las fuentes de producción y la norma general supletoria del artículo 4°, del Código Penal 50
§ 54. Fuentes de conocimiento 51

B) PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y RESERVA

§ 55. Formulación constitucional 51
§ 56. Principio de legalidad 52
§ 57. Principio de reserva 53
§ 58. Consecuencias de los principios de legalidad y reserva 56
§ 59. Función limitativa del principio de legalidad en cuanto a las fuentes de conocimiento 57
§ 60. La costumbre como fuente mediata de derecho penal 57
§ 61. Jurisprudencia. Acuerdos plenarios en el derecho argentino. La casación 58
§ 62. Función limitativa de los principios de legalidad y de reserva en cuanto a la función jurisdiccional de aplicación "interpretativa" de la ley. Prohibición de la analogía ... 59
§ 63. Límite entre analogía e interpretación 60
§ 64. Aplicación analógica de las disposiciones excluyentes de la punibilidad ("in bonam partem") 61

II. La ley penal y sus particularidades

A) Ámbito funcional, concepto, estructura y caracteres de la ley penal

§ 65. Contenido 63
§ 66. La ley penal y las medidas de seguridad 63
§ 67. Concepto 64
§ 68. Estructura elemental de la ley penal 64
§ 69. Caracteres 64
a) Exclusiva 66
b) Obligatoria 66
c) Irrefragable 66

B) Especies de leyes penales

§ 70. Clasificación estructural 67
§ 71. Clasificación desde el punto de vista de la vigencia (permanencia) de la ley penal 67

C) Idoneidad de algunas normas para operar como leyes penales

§ 72. Casos contemplados. Los tratados internacionales 68
§ 73. Normas del poder administrador 69
§ 74. La delegación legislativa en el poder administrador 69
§ 75. Facultades reglamentarias del poder administrador 69
§ 76. Régimen de los decretos leyes 70
§ 77. Integración de la ley penal en blanco 71

D) Relaciones entre el ordenamiento jurídico general y el derecho penal en particular

§ 78. Transformación del hecho ilícito en delito 74
§ 79. Distinción entre norma y ley (la teoría de las normas de Binding) 74
§ 80. El problema de la "sede" de las normas 76
§ 81. La cuestión de los destinatarios de la ley penal 77

III. Interpretación de la ley penal

§ 82. Concepto 78

A) OBJETO Y CARÁCTER DE LA INTERPRETACIÓN

§ 83. Objeto 78
§ 84. La denominada interpretación "progresiva" 79
§ 85. Carácter 80
§ 86. Reglas que rigen la interpretación 80

B) PROCEDIMIENTOS DE INTERPRETACIÓN

§ 87. Procedimiento gramatical 80
§ 88. Procedimientos que confluyen al teleológico 83
§ 89. La investigación teleológica por medio del procedimiento sistemático 84
§ 90. La investigación teleológica por el procedimiento histórico 84
§ 91. Aplicación conjunta de los procedimientos de interpretación 85

C) ESPECIES DE INTERPRETACIÓN

§ 92. Las distintas interpretaciones según su origen 86
§ 93. La interpretación según sus resultados 87
§ 94. Dudas de interpretación y el principio "in dubio pro reo" 89

IV. ÁMBITO DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL

§ 95. Materia comprendida 92

A) VALIDEZ TEMPORAL

§ 96. Referencia de una ley penal vigente a una ley derogada . 92
§ 97. El problema de la sucesión de leyes penales y sus hipótesis 93
§ 98. Principios reguladores. Terminología 93
§ 99. Tesis en orden a la sucesión de leyes 94
§ 100. Los cambios de jurisprudencia y la extractividad 95
§ 101. Regulación de la sucesión de leyes en el derecho penal argentino. Principio general 96

§ 102. Principio penal de excepción 96
§ 103. Los términos "a quo" y "ad quem" 97
§ 104. ¿Qué se entiende por "ley" a los fines de la aplicación del artículo 2º del Código Penal? 98
§ 105. La cuestión de la ley "sin vigencia" 99
§ 106. ¿Cuál es la ley más benigna? 100
§ 107. Prohibición de combinar varias leyes para formar la más benigna 100
§ 108. Ámbito de aplicación del principio de extractividad de la ley penal más benigna. Existencia de cosa juzgada 101
§ 109. *Ley intermedia más benigna* 103
§ 110. Leyes temporarias 104
§ 111. Leyes interpretativas 107
§ 112. Medidas de seguridad 108

B) VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL

§ 113. Derecho penal internacional 110
§ 114. Delitos con conflictos jurisdiccionales. Principios reguladores 111
a) Principio territorial 111
b) Principio personal o de la nacionalidad 112
c) Principio real, de protección o de defensa 112
d) Principio universal o cosmopolita 113
§ 115. Los principos en el derecho penal argentino. Principio territorial 113
a) Territorial 114
b) Principio real, de protección o de defensa 114
c) Principio personal o de la nacionalidad 116
d) El derecho penal "por representación" 116
e) Principio universal o cosmopolita 116
§ 116. El ámbito espacial de vigencia de la ley penal argentina en los instrumentos internacionales 117
§ 117. Extradición 119

C) LIMITACIONES FUNCIONALES DE LA LEY PENAL

§ 118. El principio de igualdad y sus limitaciones respecto de la ley penal 122
§ 119. Limitaciones fundadas en el derecho interno 123
§ 120. Limitaciones fundadas en el derecho internacional 124

CAPÍTULO IV

TEORÍA DEL DELITO

I. INTRODUCCIÓN

A) EL DELITO COMO HECHO ILÍCITO. LA TEORÍA DEL DELITO CONSIDERADA COMO PARTE DE LA TEORÍA GENERAL DEL HECHO ILÍCITO

§ 121. El delito como hecho ilícito 125
§ 122. El derecho penal como derecho de la pena 125
§ 123. El delito como hecho jurídico 126
§ 124. Estructura del delito como hecho ilícito 127
§ 125. La acción y su naturaleza 128
§ 126. Debates en torno a la naturaleza de la acción 130
§ 127. Ilicitud (antijuridicidad) de la acción-conducta 131
§ 128. Culpabilidad como reproche 131
§ 129. Crisis del libre arbitrio en la doctrina penal contemporánea 132
§ 130. La designación del hecho ilícito como delito 133
§ 131. El tipo y la tipicidad 133
§ 132. Circunstancias de punibilidad 135
§ 133. Teoría analítica del delito 136

B) UTILIDAD DE LA TEORÍA ANALÍTICA DEL DELITO

§ 134. Teorizaciones antianalíticas 137
§ 135. Importancia de la teoría analítica del delito 138

C) EVOLUCIÓN CONTEMPORÁNEA DE LA TEORÍA ANALÍTICA DEL DELITO

§ 136. Paso del siglo XIX al siglo XX 140
§ 137. El tipo en la primera formulación de Beling 140
§ 138. Críticas 140
§ 139. El tipo como dominante en la estructura del delito 140
§ 140. Estructura "tradicional" del delito y elementos objetivos y subjetivos 141
§ 141. Debate sobre la antijuridicidad formal y material 141

§ 142. Debate sobre la culpabilidad 142
§ 143. Superación de la distinción entre elementos objetivos y subjetivos del delito y concepto "final" de acción 144
§ 144. Un nuevo elemento del delito: la atribuibilidad 147
§ 145. Transferencia de aspectos tratados en la antijuridicidad a problemas de tipicidad 147
§ 146. Superación del debate "dogmático". Hacia un nuevo derecho penal 148

II. La teoría positiva del delito y de la pena. Elementos del delito en cuanto presupuestos de la pena y condiciones de aplicación de ella

A) Generalidades. Orden de los elementos estructurales del delito y del tipo

§ 147. Ubicación del tipo en la teoría analítica 149
§ 148. Contenido de la teoría del tipo 151
§ 149. Delito-tipo y figura de delito 151
§ 150. El tipo sistemático o en sentido estricto y el tipo general o en sentido amplio (figura) 152
§ 151. Innecesariedad de la distinción en el derecho penal argentino 153
§ 152. El tipo como descripción total de los elementos del delito 153
§ 153. Tipo y punibilidad 154

B) Acción (conducta)

1) Ubicación de la teoría de la acción en el análisis del delito

§ 154. La acción como punto de partida de la teoría analítica 155
§ 155. Debate sobre el encuadramiento de la teoría de la acción y su importancia en la teoría del delito 156

2) Concepto de acción

§ 156. Causalismo y finalismo 157
§ 157. Concepto social de acción 160

§ 158. La acción como conducta de un autor. Personas jurídicas. Derecho penal de acto y derecho penal de autor 160
§ 159. Delitos propios y de propia mano 161
§ 160. Elementos de la acción. Voluntad y finalidad. Previsión del curso causal 162
§ 161. Delitos de olvido como delitos sin conducta 163
§ 162. Regulaciones "especiales" del derecho penal 163
§ 163. Exterioridad de la acción. "Cogitationis poena nemo patitur" 163
§ 164. El resultado. Delitos de lesión y de peligro. Delitos de simple actividad 164
§ 165. La acción en los tipos de formulación "libre" y en los tipos de formulación "casuística" 166
§ 166. El nexo de causalidad. Teorías 167
§ 167. El tema de la causalidad en la evolución de la doctrina penal contemporánea 169
§ 168. Esquematización de la teoría de la imputación 171
§ 169. Concausas. Concausas interruptivas: sobrevinientes y preexistentes 172
§ 170. Unidad del concepto de acción. La acción en los delitos dolosos y culposos 173
§ 171. Problemas de causalidad de los delitos culposos en los tratamientos de la doctrina actual 175
§ 172. Crisis del concepto unitario de acción en la doctrina penal contemporánea 176

3) Formas de la manifestación de la voluntad

§ 173. Acción (positiva) y omisión 177
§ 174. Delitos de acción (o de acción propiamente dicha) 178
§ 175. Delitos de omisión 179
§ 176. Delitos de comisión por omisión o de omisión impropia 180
§ 177. Obligación jurídica de actuar. La posición o situación de garante 180
§ 178. Cuestión de la omisión impropia en la doctrina contemporánea 181
§ 179. Omisión por comisión 182
§ 180. La posición de garante en los delitos de omisión impropia. Los últimos desarrollos de la doctrina 182
§ 181. Causalidad en la omisión 183

4) El tema de la acción en el derecho penal argentino

§ 182. Debate en la doctrina argentina entre causalismo y finalismo 185

C) Tipo (tipicidad de la acción)

1) Concepto y funciones del tipo

§ 183. El tipo como seleccionador de conductas punibles 185
§ 184. El tipo como limitador del "ius puniendi" y garantía individual: principio de legalidad 186
§ 185. Función interna del tipo: el rectorado de todos los elementos estructurales del delito 186
§ 186. Nuevos criterios sobre el tipo 187

2) Mecanismo de la selección que se realiza a través del tipo

§ 187. Posibilidad de distinción 188

a) La descripción de la acción

§ 188. Elementos descriptivos. Núcleo de la acción y circunstancias 188
§ 189. Delitos instantáneos y permanentes 188
§ 190. El delito continuado 189
§ 191. Repercusiones dogmáticas del carácter permanente del delito 189
§ 192. Ausencia de circunstancias típicas 190
§ 193. Delitos de acción simple y de acciones plurales: alternativas o acumulativas. Delitos de doble acción y delitos plurisubsistentes 190
§ 194. Descripción de la manifestación de voluntad como resultado. Clasificación de los delitos por el resultado .. 190
§ 195. Objeto material del delito 193
§ 196. Límites de la causalidad 193
§ 197. Sujeto pasivo del delito 194
§ 198. Sujeto activo 195
§ 199. Delitos propios o especiales y delitos de "garante" 195
§ 200. Delitos de propia mano 197

§ 201. Casos de codelincuencia o "participación necesaria". Delitos de acción bilateral y plurisubjetivos 197

b) SELECCIÓN ESPECIFICATIVA DE LA ANTIJURIDICIDAD

§ 202. El bien jurídico protegido y su ataque 199
§ 203. Las conductas socialmente adecuadas 201
§ 204. La insignificancia del ataque. El denominado "derecho penal de bagatelas" 202
§ 205. Sentido social de la acción 203
§ 206. Posición de garante y deber de cuidado 203
§ 207. Tipos cerrados y tipos abiertos 204
§ 208. Elementos normativos de los tipos 207
§ 209. Referencias expresas a la antijuridicidad de la conducta en la fórmula típica 208

c) REFERENCIAS DEL TIPO A LOS CONTENIDOS DE LA CULPABILIDAD

§ 210. Designación del delito como doloso o culposo 210
§ 211. Delitos preterintencionales y calificados por el resultado 213
§ 212. Elementos subjetivos del tipo. Delitos de tendencia .. 214

3) DETERMINACIÓN DE LA PENA POR EL TIPO

§ 213. Procedencia y determinación de la pena como función específica del derecho penal 217
§ 214. Tipos básicos y tipos derivados. Delitos "simples" y calificados 217
§ 215. Condiciones objetivas de punibilidad 218
§ 216. Excusas absolutorias 218

4) EXTENSIONES O MODALIDADES DEL TIPO

§ 217. Tentativa y participación 219

D) LA ANTIJURIDICIDAD Y LO ANTIJURÍDICO

§ 218. El lugar de la antijuridicidad en la teoría del delito 219
§ 219. Construcción predominantemente negativa de la antijuridicidad en la doctrina penal 219

1) Concepto, carácter y funcionamiento de la antijuridicidad

§ 220. Antijuridicidad, mandato y bien jurídico protegido 220
§ 221. Explicación de la relación de antijuridicidad por el procedimiento de la regla-excepción 221
§ 222. La antijuridicidad y "lo antijurídico" 222
§ 223. La antijuridicidad como juicio objetivo y la "antijuridicidad subjetiva" 223

2) Las relaciones entre el tipo y la antijuridicidad

§ 224. El tipo como indicio y como razón de ser de la antijuridicidad 224
§ 225. El tipo como seleccionador de lo antijurídico punible .. 224
§ 226. Teoría de los elementos negativos del tipo 226
§ 227. El derecho penal como sancionador y como constitutivo de ilicitudes 227
§ 228. Antijuridicidad formal o sustancial (material) 228
§ 229. Funcionamiento de la regla-excepción 229
§ 230. Casos de deberes específicos. Omisión. Tipos abiertos 230
§ 231. Unidad de la antijuridicidad en el ordenamiento jurídico 230
§ 231-1. Nuevos conceptos de antijuridicidad en el derecho civil 231

E) Culpabilidad

1) Sentido, ubicación y contenido de la culpabilidad

§ 232. Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva .. 232
§ 233. La responsabilidad penal como responsabilidad subjetiva. "Nullum crimen, nulla poena, sine culpa" 233
§ 234. Debate sobre el contenido de la teoría de la culpabilidad y su ubicación 234
§ 235. La culpabilidad como responsabilidad 236
§ 236. La atribuibilidad o responsabilidad por el hecho como categoría estructural del delito 236

2) El concepto de culpabilidad

§ 237. Psicologismo, normativismo y finalismo. Nuevos conceptos de culpabilidad 237
§ 238. Caminos emprendidos hacia los nuevos conceptos de culpabilidad 238

3) Objeto del juicio de reproche (el "material" de la culpabilidad)

§ 239. Comprensión y dirección de la acción 241
§ 240. Comprensión de la "criminalidad" 241
§ 241. Posibilidad de dirigir las acciones 243
§ 242. Dolo 244
a) Concepto legal de dolo 245
b) Elementos cognoscitivo y volitivo del dolo 246
c) Dolo directo 247
d) Dolo indirecto o necesario 249
e) Dolo eventual 249
f) Delitos que no aceptan el dolo eventual 251
g) El denominado dolo específico o calificado 252
h) El dolo en la omisión 253
i) El dolo frente a las causas de inculpabilidad 254
§ 243. Culpa 254
a) El deber de cuidado 255
b) Determinación del deber de cuidado 255
c) El riesgo permitido 256
d) El "principio de confianza" 257
e) Fórmula legal de la culpa 258
f) Aspectos subjetivos del delito culposo. La previsibilidad del resultado 259
g) Elementos cognoscitivo y volitivo de la culpa 259
h) La culpa frente a las causas de inculpabilidad 260
i) Culpa consciente (con representación) y culpa inconsciente 261
j) Omisión y culpa. Los delitos "de olvido" 263
§ 244. Preterintencionalidad. Delitos preterintencionales y calificados por el resultado 264
§ 245. Fenómenos paralelos de figuras complejas 266

4) Capacidad de culpabilidad (imputabilidad)

§ 246. La imputabilidad como capacidad de culpabilidad 267
§ 247. Evolución del concepto de imputabilidad. La postura crítica 269
§ 248. Momento de la imputabilidad. "Actio libera in causa" 270
§ 249. La solución de los casos de "actio libera in causa". "Versari in re illicita" 270

§ 250. Fundamentos de las soluciones de "actio libera in causa" y el debate doctrinario 272
§ 251. Imputabilidad disminuida 273

5) JUICIO DE REPROCHE

§ 252. Fundamento 274
§ 253. La no exigibilidad de otra conducta 274
§ 254. No exigibilidad y coacción 274

F) PRESUPUESTOS DE IMPOSICIÓN DE LA PENA AJENOS A LA ACCIÓN (PUNIBILIDAD)

§ 255. Condiciones de procedencia de la punibilidad como parte de la teoría del delito 276

1) CONDICIONES SUSTANCIALES DE IMPOSICIÓN DE LA PENA

§ 256. Condiciones objetivas de punibilidad 277
§ 257. Condiciones objetivas de punibilidad en el derecho penal argentino 278
§ 258. Condiciones objetivas y condicionamientos procesales . 278
§ 259. Consecuencia de la inexistencia de condiciones objetivas de punibilidad 279
§ 260. Inexistencia de excusas absolutorias 280

2) CONDICIONES PROCESALES DE IMPOSICIÓN DE LA PENA

§ 261. La acción procesal penal 280
§ 262. Presupuestos procesales 280
§ 263. Condiciones de procedibilidad 281
§ 264. Clasificación de los delitos por las modalidades del ejercicio de la acción. Delitos de acción pública 281
§ 265. Acción pública ejercitable de oficio y dependiente de instancia privada 282
§ 266. Delitos de acción privada 282
§ 267. Efectos de la ausencia de las condiciones procesales de imposición de la pena 282

G) CONCURRENCIA DE VARIOS DELITOS DE UN MISMO AGENTE (CONCURSO DE DELITOS)

§ 268. Hipótesis 283

1) UNIDAD DE HECHO CON PLURALIDAD DE ENCUADRAMIENTOS

§ 269. Concepto de unidad de hecho 283
§ 270. Determinación de la unidad de hecho. Criterios en la doctrina 284
§ 271. La unidad de hecho en la doctrina argentina 285
§ 272. Concurso de leyes o concurso aparente de delitos 287
a) Por especialidad 287
b) Por alternatividad 288
c) Por subsidiariedad 288
d) Por consunción 289
§ 273. Concurso ideal 290

2) PLURALIDAD DE HECHOS COMETIDOS POR EL MISMO AGENTE

§ 274. Concurso real 291
§ 275. Unificación de penas 292
§ 276. Delito continuado 293

III. TEORÍA NEGATIVA DEL DELITO Y DE LA PENA

A) GENERALIDADES

§ 277. Estructura de esta teoría en el derecho argentino 297
§ 278. La "falta de tipo" como tema de la teoría negativa 299

B) AUSENCIA DE ACCIÓN

§ 279. Hipótesis 300

1) AUSENCIA DE ACCIÓN POR FALTA DE VOLUNTAD DEL AGENTE

§ 280. Movimientos reflejos y fisiológicos. Estado de inconsciencia absoluta o total 300

§ 281. Aplicación de los principios de la "actio libera in causa" 301
§ 282. Fuerza física irresistible 301
§ 283. Medios hipnóticos y administración de narcóticos 302
§ 284. Efectos de la ausencia de conducta en el caso de movimientos involuntarios 303

2) AUSENCIA DE ACCIÓN POR FALTA DE LA MODIFICACIÓN DEL MUNDO EXTERIOR REQUERIDA POR EL TIPO

§ 285. Falta de causalidad típica (la cuestión de los "medios morales") 303
§ 286. Concausalidad interruptiva 305
§ 287. Caso fortuito 305

3) FACTORES DISCUTIDOS COMO MOTIVANTES DE LA FALTA DE ACCIÓN

§ 288. Estados emocionales y comportamientos automatizados 306
§ 289. La obediencia debida o jerárquica como supuesto de falta de acción 307

C) AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD

§ 290. El juicio negativo de antijuridicidad 307
§ 291. La cuestión de las "fuentes de justificación" 307
§ 292. La denominada "justificación supralegal" 308
§ 293. Ausencia de tipo y ausencia de antijuridicidad 309

1) HIPÓTESIS DE AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD

§ 294. Ausencia de ataque 310
§ 295. Consentimiento del ofendido 310
§ 296. Actividades fomentadas y permitidas. Debate sobre el tratamiento médico quirúrgico en la doctrina penal 313
§ 297. Causas de justificación 315
a) Ejercicio del derecho 315
b) Cumplimiento del deber 318
1) Ejercicio de la autoridad o cargo 320
2) La obediencia debida como justificante 321
c) Justificantes reguladas en "tipos permisivos" específicos 322

1) Estado de necesidad 323
a) Requisitos 323
b) Casos especiales. El aborto terapéutico 323
2) Legítima defensa 326
a) Requisitos 326
b) Actualidad de la agresión 330
c) Legítima defensa de terceros 330
d) Defensas privilegiadas 331
§ 298. Exigencias subjetivas de las justificantes 331
a) Justificación en el delito culposo 333
b) Justificación putativa 334
§ 299. Justificación y responsabilidad 334
§ 300. Límites éticos de las justificantes 335

2) Las hipótesis de exceso

§ 301. Concepto de exceso 336
§ 302. Requisitos. El denominado "exceso en la causa" 338

D) Inimputabilidad

§ 303. Concepto 341
§ 304. Causas de inimputabilidad 341
a) Inmadurez 341
b) Disminución de la capacidad mental. Insuficiencia de facultades y alteraciones morbosas 342
c) Estados de inconsciencia 343
d) Miedo o terror 343
e) Toxicofrenias 343
f) Trastorno mental transitorio 344
§ 305. Momento de la inimputabilidad. "Actio libera in causa"; remisión 344
§ 306. Efectos de la imputabilidad disminuida 344
§ 307. Efectos de la inimputabilidad. Medidas de seguridad 345

E) Teoría del error

§ 308. Ubicación de la teoría del error en la teoría negativa del delito. Fundamento 345

1) Concepto de error. Las especies de error y su influencia en la teoría negativa del delito

§ 309. Error e ignorancia 347
§ 310. Error de hecho y de derecho 347
§ 311. Error de tipo y de prohibición 348

2) La teoría del error en el derecho argentino

§ 312. El "contenido del error" en el derecho penal argentino 349
§ 313. La teoría del error en la doctrina penal argentina 349
§ 314. Clasificación en el criterio dogmático según el artículo 34, inciso 1°, Código Penal 351

3) Características del error relevante para la teoría negativa del delito

§ 315. Error esencial y accidental 353
§ 316. Error vencible e invencible 353
§ 317. El problema de la punición del error vencible 354

4) Consideración de situaciones especiales de error

§ 318. Error "in objecto" 355
§ 319. Error "in personam" 356
§ 320. La solución finalista. Equivalencia y dolo 356
§ 321. Errores sobre el curso causal 357
§ 322. La acción preparatoria como caso de "dolus generalis" 360
§ 323. Conocimiento de la causalidad de imputación objetiva en la doctrina penal contemporánea 360
§ 324. Errores sobre agravantes y atenuantes. El llamado "error de subsunción" 361
§ 325. Error sobre la antijuridicidad y la culpabilidad 362
§ 326. Error sobre la punibilidad 364
§ 327. Los casos de "conciencia disidente" 365

5) Errores "al revés"

§ 328. Delito putativo y delito imposible 366
§ 329. Delito putativo por creencia errónea sobre la antijuridicidad del hecho 367
§ 330. Delito imposible 367

F) NO EXIGIBILIDAD DE LA CONDUCTA ADECUADA A LA NORMA

1) EXTENSIÓN DE LA TEORÍA DE LA COACCIÓN EN LA TEORÍA NEGATIVA DEL DELITO

§ 331. Coacción y no exigibilidad de otra conducta 368
§ 332. Hipótesis de no exigibilidad de otra conducta por mediar coacción 369

2) COACCIÓN "PROPIA". AMENAZAS COACCIONANTES

§ 333. La coacción y el delito de coacciones. Requisitos 370

3) COACCIÓN DERIVADA DE SITUACIONES DE HECHO POR FACTORES NATURALES O DE CONDUCTAS DEL PROPIO AUTOR

§ 334. Ubicación 371
§ 335. Estado de necesidad exculpante 371
§ 336. Peligro originado en una conducta voluntaria del autor 373
§ 337. El temor 374

4) COACCIÓN ORIGINADA EN EL SISTEMA JURÍDICO

§ 338. La obediencia debida o jerárquica 374
§ 339. Error y obediencia debida 375
§ 340. Efectos de la obediencia debida 376
§ 341. La obediencia debida en la doctrina penal contemporánea 376

G) IMPEDIMENTOS PARA LA IMPOSICIÓN DE LA PENA (IMPUNIDAD)

§ 342. Circunstancias de impunidad 378

1) EXCUSAS ABSOLUTORIAS

§ 343. Hipótesis legales 378

2) IMPERSEGUIBILIDAD DEL DELITO

§ 344. Impedimentos de la promoción de la acción procesal penal 379

§ 345. Particularidades del derecho argentino con relación a las causas de extinción de la acción procesal penal 380
a) Muerte del imputado 381
b) Amnistía 381
c) Prescripción 382
1) Suspensión 384
2) Interrupción 386
d) Renuncia del agraviado 387
e) Muerte del cónyuge ofendido 388
f) Oblación voluntaria de la multa 388

3) EFECTOS DE LA EXISTENCIA DE IMPEDIMENTOS SOBRE LA IMPOSICIÓN DE LA PENA

§ 346. Sobre los partícipes en casos de pluralidad subjetiva activa 388
§ 347. Sobre la responsabilidad civil 389

IV. PARTICIPACIÓN E "ITER CRIMINIS"

§ 348. Participación y tentativa como extensiones del tipo 389

A) PARTICIPACIÓN

1) INTRODUCCIÓN

§ 349. La participación como el gran problema doctrinario en la teoría del delito 390
§ 350. Concepto de participación 391
§ 351. Regulación de la participación en el Código Penal argentino 392

2) EL AUTOR Y SU DISTINCIÓN DE OTROS PARTÍCIPES EN EL DELITO

§ 352. Concepto "natural" y concepto "legal" de autor 393
§ 353. Tesis de distinción 394
§ 354. Conceptos de autor y de cómplice en la ley penal argentina 398
§ 355. Autor inmediato o directo y autor mediato 400
§ 356. Hipótesis de autoría mediata 401

§ 357. Noticia sobre el panorama de la autoría mediata en la doctrina penal contemporánea 403
§ 358. Autoría mediata y los delitos propios o especiales y de propia mano 405
§ 359. Autoría mediata en los delitos que requieren elementos subjetivos del tipo 407
§ 360. Extensión del concepto de autor en la ley argentina. Coautores como autores plurales 408
§ 361. Figura del coautor en la doctrina penal contemporánea 409

3) PARTICIPACIÓN ESPECÍFICA

§ 362. La coautoría como participación 410
§ 363. Participación por complicidad 411
§ 364. Principios básicos que rigen la complicidad 412
§ 365. Especies de cómplices 416
§ 366. Responsabilidad penal del partícipe 418
§ 367. Participación por instigación. El sistema legal 420
§ 368. La figura del "determinador", según Zaffaroni, en el derecho penal argentino 420
§ 369. La determinación directa en la instigación 422
§ 370. Principios que rigen la instigación como participación en el delito del instigado 424
§ 371. Características de la acción del instigador 425
§ 372. El denominado "agente provocador". El "delito experimental" 425
§ 373. Participación en los delitos de omisión y en los culposos 426

B) EL "ITER CRIMINIS". PROBLEMAS DE LA TENTATIVA

§ 374. Etapas del delito 427

1) ETAPA INTERNA

§ 375. El "principio de exterioridad". Las "resoluciones manifestadas" y la punición de las ideas 428

2) ETAPA EXTERNA

a) PREPARACIÓN

§ 376. Actos preparatorios 430

b) Ejecución

§ 377. Grados de ejecución 431

1) **Tentativa**

§ 378. Concepto 431
§ 379. Fundamento de punición de la tentativa 432
§ 380. Comienzo de ejecución 433
§ 381. El aspecto subjetivo. La culpabilidad en la tentativa .. 436
§ 382. Falta de consumación. La tentativa en la omisión 438
§ 383. Interrupción del curso de consumación. El desistimiento voluntario 440
§ 384. La cuestión en la tentativa inacabada y en la tentativa acabada; el delito frustrado. El arrepentimiento eficaz 441
§ 385. Tentativa calificada y "remanente" de responsabilidad 442
§ 386. El desistimiento y el arrepentimiento eficaz en la doctrina penal contemporánea 443
§ 387. Punición de la tentativa 445

2) **Tentativa inidónea o delito imposible**

§ 388. La ley argentina y el concepto en la doctrina 445
§ 389. Inidoneidad absoluta y relativa. Tentativas irreales, supersticiosas o mágicas 448
§ 390. El delito imposible como supuesto de error 449
§ 391. Punibilidad del delito imposible 450

3) **La consumación**

§ 392. Concepto de consumación 450
§ 393. Lugar y tiempo de "comisión" del delito 451
§ 394. Soluciones en el derecho argentino 452

C) Agotamiento del delito

§ 395. El agotamiento como logro del fin propuesto 455
§ 396. El agotamiento como consumación material 455

CAPÍTULO V

TEORÍA DE LA SANCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

§ 397. Hacia una nueva configuración del sistema penal 457
§ 398. Limitaciones constitucionales 457

II. EL SISTEMA SANCIONATORIO EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

A) PENAS

§ 399. Clases de penas. Penas privativas de libertad 458
§ 400. Pena de multa 460
§ 401. El ánimo de lucro como presupuesto de aplicación del artículo 22 "bis" del Código Penal 464
§ 402. Pena de inhabilitación 465
§ 403. La pena de muerte en el derecho penal argentino 472
§ 404. Clasificación de las penas por su funcionamiento 472
§ 405. Cómputo de la prisión preventiva 473
§ 406. Extinción de la pena 476
a) Muerte del condenado 476
b) Amnistía 477
c) Prescripción 477
d) Indulto 481
e) Perdón del ofendido 482
f) La muerte del cónyuge ofendido en el delito de adulterio (artículo 118, Código Penal) 482
g) Casamiento con la ofendida en los casos del artículo 132, Código Penal 483

B) MEDIDAS DE SEGURIDAD

§ 407. Sus fundamentos y la propuesta de unificación con la pena 483
§ 408. Las medidas de seguridad en el derecho penal argentino 484
§ 409. Medidas de seguridad previstas por el artículo 34, inciso 1°, Código Penal 484

§ 410. Las medidas en la ley que reprime el tráfico de drogas 486
§ 411. Medida de reclusión por tiempo indeterminado 488
§ 412. Reformas de la ley 23.057 491
§ 413. Régimen de menores 492

III. Individualización de la pena

§ 414. Concepto 492

A) Base legal de la individualización judicial de la pena

§ 415. Régimen general 492
§ 416. Reincidencia. Concepto y requisitos 493
§ 417. El "estado de reincidente" 498

B) Individualización judicial de la pena

§ 418. Criterios para la individualización de la pena por el juez 499
§ 419. Carácter de las pautas de individualización 500
§ 420. El conocimiento "de visu" del imputado 500
§ 421. Condenación condicional 501
§ 422. Requisitos de la condenación condicional 503
§ 423. Carácter de la medida, fundamentos y oportunidad para su dictado 506
§ 424. Regulación procesal contenida en el artículo 26, Código Penal 507
§ 425. Plazo de la condición. Cumplimiento. Revocación de la condicionalidad 508
§ 426. Los términos del plazo de la condición 509
§ 427. Nueva concesión de la condenación condicional 509

C) Desarrollo de la individualización de la pena en la etapa ejecutiva

§ 428. La llamada individualización ejecutiva 510
§ 429. El régimen progresivo durante el encierro según la ley penitenciaria 510
§ 430. Cumplimiento de la pena en libertad. La libertad condicional 511

§ 431. Requisitos para la concesión 511
§ 432. El planteo de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal 513
§ 433. Condiciones compromisorias para el liberado 515
§ 434. Revocación de la libertad condicional e interrupción del plazo de cumplimiento 516

IV. Consecuencias accesorias de la condena y reparación del daño producido por el delito

A) Penas accesorias

§ 435. Las penas accesorias en el derecho penal argentino 517
§ 436. La inhabilitación accesoria del artículo 12, Código Penal 517
§ 437. Decomiso de los efectos e instrumentos del delito 518

B) Incapacidades civiles de los penados

§ 438. Naturaleza y carácter de las incapacidades civiles de los penados 519
§ 439. Contenido de las incapacidades 520
§ 440. Duración de las incapacidades 521
§ 441. Actos realizados en violación de las incapacidades civiles 522

C) Reparación del daño producido por el delito en las normas contenidas en el código penal

§ 442. El título IV del libro I del Código Penal 523
§ 443. Introducción de la acción civil en el proceso penal. Conflictos con leyes locales 524
§ 444. Contenido y orden de las reparaciones 524
§ 445. El "precio de estimación" del inciso 2° del artículo 29, Código Penal 526
§ 446. Prueba del monto del daño 526
§ 447. La solidaridad reparatoria 526
§ 448. Insolvencia del condenado. Orden de preferencias 527

Bibliografía 529

Índice alfabético 535

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN

A) CONCEPTO Y CARACTERES DEL DERECHO PENAL

§ 1. *CONTENIDO DEL DERECHO PENAL.* – Como todo derecho, el penal está dirigido a lograr que los hombres actúen del modo que se considera necesario o conveniente para una ordenada vida social, permitiendo al individuo el goce de los bienes que ella les puede proporcionar. Es el derecho en general, a través de sus distintas ramas, el que determina cuáles son esos bienes, prohibiendo las conductas que tienden a menoscabar o desequilibrar su goce; el derecho penal, atendiendo a esas conductas y discriminando las que entre ellas se consideran de mayor incidencia en el quebrantamiento del orden social, por la calidad fundamentadora de éste de los bienes que atacan, refuerza su protección sancionando la realización de aquéllas con un rigor que no tiene en cuenta el valor económico de goce del bien, sino que, constituyéndose en un menoscabo de bienes del mismo autor que las lleva a cabo, procura, exclusivamente, prevenir la realización de las mismas.

Al imponer la pena como sanción especial, que se suma a cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, convierte a la conducta prohibida en *delito*. Por ello, sin perjuicio de ampliar más adelante este concepto, se puede decir que derecho penal es el conjunto de leyes o normas que describen delitos mediante la asignación de una pena, delimitando la circunstancia de su realización, tendiendo a intensificar en esos casos la protección de bienes jurídicos mediante la acentuación de su prevención, delimitando a la vez la potestad del Estado de cas-

tigar con la pena al determinar cuáles son las conductas ilícitas (prohibidas) punibles.

Más adelante, al tratar de la teoría del delito, insistiremos en esta relación especificatoria o seleccionadora que cumple el derecho penal respecto de las conductas prohibidas (antijurídicas, ilícitas) por el resto del ordenamiento jurídico; señalemos ahora que dicha selección de conductas para signarlas con la pena, o sea como delitos, implica una valoración propia de la ley penal. Cierta doctrina tradicional indica que esta valoración depende de que el ataque al bien jurídico adquiera cierta magnitud y "el quebrantamiento de la norma crea un estado de alarma general que engendra la necesidad de la reacción pública" (Cabral), lo cual puede que no sea rigurosamente exacto con referencia a todos los delitos que aparecen en los elencos penales; más preciso sería afirmar que la valoración se asienta sobre la importancia que tiene el goce del bien jurídico para la vida en sociedad y, por ende, en la necesidad de su protección preventiva, más allá de su reparación después de que el hecho lo vulnere.

Por supuesto que la aplicación de la pena presupone una serie de reglas que la condicionan jurídicamente en casos particulares (tentativa, participación, concurso de delitos, etc.), que también forman parte del derecho penal, pero ellas quedan comprendidas en el concepto de "asignación de la pena".

§ 2. *EL SENTIDO DE LA PENA EN CUANTO CARÁCTER DISTINTIVO DEL DERECHO PENAL.* – Con resonancias hegelianas se ha dicho que el derecho penal, junto al resto del ordenamiento jurídico, cumple "una función reparadora del equilibrio de un sistema social", puesto que importa el regreso o la reafirmación –si se quiere– de los "módulos aceptados de conducta... que cumplen con las expectativas sociales institucionalizadas". Por lo tanto, lo que el derecho penal procura es "mantener un determinado equilibrio del sistema social amenazando y castigando"; la amenaza motiva a evitar la conducta desviada; cuando esa amenaza fracasa, aparece el castigo (estas ideas pueden verse en Bacigalupo). Aunque ello puede ser exacto, queda sin contestar el "para qué" del "castigo": ¿es para "reamenazar" al autor de la conducta desviada?, ¿para confirmar la amenaza a quienes todavía no han asumido conductas desviadas? Si bien estos interrogantes son los que trataremos de contestar al examinar la finalidad de la pena, interesa ahora adelantar algo para tratar de determinar lo característico del derecho penal.

El ordenamiento jurídico, al asignar bienes, instituye la obligación de respetarlos; su ataque importa el incumplimiento de dicha obligación, lo cual, a su vez, obliga a reparar el daño producido, restableciendo el equilibrio del goce; toda sanción reparatoria mira hacia atrás, en cuanto trata de volver las cosas al estado en que se encontraban antes del hecho ilícito (o al más aproximado posible). La pena nada repara, no está concebida para restablecer el goce perdido, mira para adelante, trata de evitar nuevos ataques de la misma naturaleza; para prevenir intensifica la protección del bien jurídico. Es, pues, sobre los términos reparación-prevención donde se asienta la diferencia caracterizadora del derecho penal. Pero si la pena no repara sino que previene ¿qué viene a ser para el autor del delito a quien se le impone efectivamente? Se dice que ella importa para él *retribución* por el delito cometido porque con ella no se vuelven las cosas al estado anterior; éste sería un sentido de "retribución" que no se adecua al concepto de devolución de mal por mal (de resabio talional), sino que tiene el sentido de expresar un concepto negativo: es lo no reparatorio.

Seguir pensando en una retribución concebida como mal por mal ha llevado a todo un replanteo de la caracterización del derecho penal. Particularmente original es el que, en nuestra doctrina, formula Zaffaroni. Todo el orden jurídico tiende a lograr la seguridad jurídica cumpliendo una función de prevención general, mediante la sanción de sus infracciones; es la sanción no penal la que tiene carácter *retributivo*, constituyendo una reparación (porque no existe la retribución por la retribución misma); cuando ella es insuficiente, aparece la *prevención especial* de la pena (cuyo carácter veremos más adelante); aunque pareciera que aquí el concepto de retribución se encarara más bien desde el punto de vista del ofendido por el delito.

§ 3. ***INTEGRACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL DERECHO PENAL.*** – Sea cual fuere su caracterización y naturaleza, ya no se puede negar que las leyes penales actuales erigen, *a consecuencia del hecho delictivo*, al lado de la pena, las medidas de seguridad, por lo menos para determinados círculos de autores, con una estricta función de prevención especial que tiende a impedir que el sujeto vuelva a adoptar conductas similares. Normalmente aparecen en los casos en que la amenaza de la pena, respecto del sujeto particular, no puede cumplir su función de protección intensificada de los bienes jurídicos. Pero la medida de seguridad que es propia del derecho penal es la

que, como la pena, se relaciona con un hecho caracterizado como delito; toda otra que no posea esa etiología queda fuera de su regulación.

§ 4. *Concepto actual del derecho penal como legislación.* – De conformidad con lo expuesto, puede concluirse que el derecho penal está constituido por el *conjunto de leyes que describen delitos mediante la asignación de una pena para el autor de la conducta que los constituya, o la sustituye en ciertos casos por una medida de seguridad, estableciendo a la vez las reglas que condicionan la aplicación de las mismas.*

§ 5. *Caracteres del derecho penal.* – Si nos atenemos a la gama de caracteres que los tratadistas asignan al derecho penal, veremos que teóricamente tienden a reafirmar criterios "ideológicos" o, mejor dicho, planteamientos epistemológicos imbricados en la fundamentación política de un sistema dado.

En verdad, el derecho penal, como derecho, es de naturaleza *normativa*, porque intenta regular la vida social, no sólo conocerla; es *valorativo*, puesto que valora para asignar la pena a algunos de los numerosos hechos ya valorados como ilícitos por el ordenamiento jurídico; es *finalista*, porque persigue la protección de los individuos componentes de la sociedad, garantizándoles (carácter "garantizador" –Cabral–) el goce de los bienes jurídicos (Núñez); pero reconozcamos que estos caracteres corresponden a cualquier derecho. Lo que caracteriza al derecho penal, como después insistiremos, es ser el *derecho de la pena* y, como tal, se le puede asignar carácter de *derecho complementario*, ya que la pena sólo aparecería cuando el legislador ha considerado insuficiente otro tipo de sanciones en vista de la importancia "social" del bien jurídico protegido, cuyo desconocimiento trata de prevenir del modo más perfecto posible.

Por supuesto que en la división entre *derecho público* y *derecho privado*, ocupa un lugar en el primero, ya que siempre el Estado está en un extremo de la relación jurídica como persona de derecho público. Sus normas, por tanto, son siempre de "orden público", de obligatoria aplicación por los organismos jurisdiccionales y del ministerio fiscal, irrenunciables e inmodi-

ficables por convenio entre las partes de la relación (imputado-organismos de aplicación).

Esto es así aun en las hipótesis en que el Estado restringe su intervención procesal como titular del *ius puniendi*, como ocurre en los delitos de acción privada. En ellos la relación penal no se convierte en privada, por más que se le otorgue al particular ofendido el lugar que en otros ocupa el ministerio fiscal y por más que se pueda renunciar a la acción procesal penal; el particular ofendido "regula" la marcha de la acción procesal, pero el titular del *ius puniendi* sigue siendo el Estado.

B) EL "IUS PUNIENDI"

§ 6. *CONCEPTO Y CARACTERES.* – Dijimos que el derecho penal como conjunto de reglas o leyes, con el particular contenido que le hemos atribuido, delimita la *potestad del Estado de castigar*, esto es, de imponer penas; es justamente esa potestad la que se designa como *ius puniendi*, y como tal es legislativamente previa al *ius poenale*, es decir al conjunto de reglas penales que lo delimitan, y constituye una facultad necesaria para que el Estado, como gobierno de la sociedad política, pueda ejercer eficientemente su función.

La doctrina tradicional designa como *derecho penal objetivo* al *ius poenale* y como *derecho penal subjetivo* al *ius puniendi*; en tal sentido concibe a éste como *derecho subjetivo* del Estado. Negar la existencia de un derecho subjetivo de castigar del Estado –dice Rocco– es cerrar el camino para comprender los fundamentos del sistema de derecho penal, idea de que participan aun las corrientes críticas actuales (ver Bustos Ramírez). No obstante, Zaffaroni sostiene que es erróneo afirmar el carácter de derecho subjetivo del *ius puniendi*, pues ello "haría que todos los delitos lesionaran un único bien jurídico, que sería un derecho subjetivo del Estado", frente al cual "pasarían a segundo plano todos los derechos de los habitantes que nuestra Constitución Nacional consagra". Evidentemente, se incurre aquí en una superposición de planos intelectivos, partiendo de una noción privatista de derecho subjetivo: no se trata del derecho subjetivo a gozar de un bien jurídico, el "derecho a castigar" no es un bien jurídico, sólo importa la denominación del titular de la legislación penal; como derecho subjetivo de tal carácter no se superpone ni

interfiere en la protección de los bienes jurídicos, a la cual provee la misma legislación.

§ 7. *Límites del "ius puniendi". Normas constitucionales.* – Dijimos que el derecho penal, como conjunto de leyes, regula y por tanto acota el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, pero, a su vez, existen limitaciones previas al derecho penal –de origen constitucional– que por lo tanto la legislación penal tiene que respetar.

Aunque se habla de limitaciones materiales (principios de necesidad de intervención del Estado, de protección de bienes jurídicos, de dignidad de la persona humana) y formales (principio de legalidad) (ver Bustos Ramírez), es indudable que en la consideración del sistema jurídico las limitaciones prelegislativas del *ius puniendi* dependen de las normas fundamentales de dicho sistema, es decir, entre nosotros, de las constitucionales.

Como veremos al exponer la teoría de la ley penal, el límite fundamentalmente impuesto al legislador penal por nuestra Constitución se encuentra en el principio de reserva consagrado en el art. 19. De él se deriva el principio de exterioridad, según el cual no puede ser designada como hecho ilícito, ni por consiguiente como delito, la conducta que no afecte los bienes jurídicos de terceros (las que sólo afecten los bienes jurídicos del propio agente no pueden quedar comprendidas, siempre que su acción no trascienda de ellos), de lo cual se deduce que el derecho penal no puede castigar "ideas" ni imponer una moral determinada.

A su lado el principio de legalidad consagrado por el art. 18, C.N., condiciona el ejercicio del *ius puniendi* dentro de las limitaciones legales (ley previa) y del cumplimiento de determinados procedimientos de aplicación (debido proceso legal) y ejecución de la pena, especificando con ello finalidades de la pena que el legislador penal no puede desconocer con relación a algunas de sus especies (las privativas de libertad) y hasta prohibiendo otras (penas "corporales", pena de muerte para delitos políticos, penas pecunarias "confiscatorias", art. 17 de la Const. Nacional).

Veremos que la interpretación del art. 19, C.N., no es nada pacífica y algunas de las opiniones que se han vertido conducen a

convertir en anodino gran parte del derecho penal, cuando todo un sector de actividades que manifiestamente interfieren en el goce de bienes jurídicos de terceros, trata de ser rescatado de aquél, invocando que sólo entrañan actitudes "morales" del individuo. La libre expresión externa de la "moral" individual puede llegar a ser tan anárquica como tiránica; es la imposición autoritaria de una moral por parte del Estado.

Pero las limitaciones constitucionales del *ius puniendi* no se detienen en esos temas generales, sino que se extienden a otros, relacionados más directamente con la regulación penal en sí misma. Es el art. 67, inc. 11, C.N., el que determina el titular legislativo por lo menos de una parte del ordenamiento penal en forma exclusiva. Otras reglas constitucionales delinean tipos delictivos (arts. 15, 22, 29, 103, 109) que el legislador no puede desfigurar con sus propias creaciones, ya que sus formulaciones se verían afectadas del vicio de inconstitucionalidad.

§ 8. *El delito político y los límites del "ius puniendi".* – Acabamos de ver que una de las limitaciones del *ius puniendi* establecida por la Constitución es la prohibición de la pena de muerte por delitos políticos ("causas políticas"). Como toda la materia de que estamos tratando, es más propio del derecho constitucional que del derecho penal. Señalamos aquí que la catalogación de una determinada conducta como *delito político* ha suscitado, en líneas generales, una tesis objetiva (que entiende por tal el catalogado por el derecho penal como delito dirigido a menoscabar la organización del Estado y su sistema jurídico-político, como la rebelión, sedición, etc.), dentro de la cual se ha desarrollado la figura del delito común *conexo con el político*, y una tesis subjetiva que hace depender aquel carácter de las finalidades del autor. Actualmente el art. 4º, párr. 4º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23.054), prohíbe expresamente también la pena de muerte para los delitos comunes conexos con delitos políticos.

§ 9. *Los instrumentos internacionales como límites del "ius puniendi" del Estado.* – La mención formulada en último término nos lleva a encarar un tema que va adquiriendo trascendencia en la doctrina penal argentina y sobre el cual, sin embargo, volveremos en otros lugares. La ley 23.054 ha convalidado la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Que dicha Convención funcione como ley (art. 31, C.N.) no se discute; que ella obligue

a aplicar sus disposiciones en cuanto modifiquen el derecho existente al tiempo de su ratificación y a introducir los principios dogmáticos que surjan de ella para interpretar nuestro derecho penal (y procesal penal) como sistema, tampoco se puede discutir. Pero se advierte en la doctrina una tendencia a constituirla en normativa constitucional (aunque se la menciona como "institucional"), lo cual no es exacto: constituye una ley "interna", y si controvertiera normas constitucionales, habría que declarársela inconstitucional. Por otro lado, desde el punto de vista de nuestro derecho constitucional, no nos resulta fácil entender el argumento presentado como "práctico" por Zaffaroni para asignarle aquella jerarquía, que se basa en el art. 2º de la Convención, que reconoce la competencia de cortes internacionales, lo cual convertiría en "inconcebible que se proyecten soluciones a conflictos que sean antijurídicas... [que] puedan aparejar sanciones que recaigan sobre la totalidad de los habitantes de la Nación".

§ 10. *Fundamento y fin de la pena.* – Es muy claro que la recepción de una determinada tesis por el derecho constitucional sobre el fundamento y fin de la pena, se constituye en un límite preciso para la regulación de la legislación penal; lo cual implicará, por tanto, uno de los límites prelegislativos del *ius puniendi*. Esto es cierto en tanto la indagación sobre el fundamento y fin de la pena tenga por objeto reconocer la legitimidad de su imposición por el Estado; los límites de esa legitimidad serán, pues, los del *ius puniendi*.

Esta última idea está expuesta por Bacigalupo cuando afirma que las teorías sobre el fundamento y fin de la pena se informan, en realidad, "en principios o axiomas legitimantes" y que dichas teorías "no responden a la pregunta ¿qué es la pena?... sino a otra pregunta, ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena?", aunque lógicamente el ser de la pena (su naturaleza) también plantea un interrogante que tiene que tener respuesta porque de ella podrá depender la que demos al segundo.

Reduciéndolas groseramente a la síntesis más apretada posible, las teorías sobre el fundamento y fin de la pena que se reconocen son las siguientes:

a) *Teorías absolutas.* Son las que no buscan una legitimación de la pena fuera de ella misma. La pena sería un "mal" (quita de bienes jurídicos del agente), que sigue necesariamente a la realización del delito como un efecto indispensa-

ble de él, sin que importe cuál pueda ser su influencia futura. Se ha distinguido dentro de ella la tesis de la *retribución*, para la cual la pena es el mal con que se retribuye al autor del delito el mal (infracción jurídica) perpetrado con su conducta, y la tesis de la *reparación*, en la que la pena tendría el destino de reparar el mal del delito en la misma voluntad viciada del autor, "reparando" esa voluntad al purgarla de su vicio. A ella podrían sumarse criterios según los cuales la pena tiene el destino de reparar el orden jurídico desconocido, reafirmando su vigencia por medio de la pena que sufre el autor (Hegel).

b) *Teorías relativas*. Son las que no conciben que la pena se legitime en sí misma, sino por finalidades que le son trascendentes (es decir, por los efectos que produce y que revierten sobre las realidades sociales o individuales). Dichas finalidades pueden ser de *prevención general*, asignándose entonces a la pena el objetivo de procurar que los componentes de la sociedad que no hayan cometido delito, no lo cometan, reforzando la amenaza de la pena con su efectiva ejecución cuando alguien lo cometió (un ejemplo de esta apreciación fue la tesis de la "coacción psicológica" de Feuerbach, que, quiérase o no, resulta harto veraz en la formación del derecho penal que nos rige), o de *prevención especial*, cuando el objetivo de la pena se hace radicar en el intento de lograr que el autor del delito, al sufrirla, no vuelva a cometerlo.

c) *Teorías mixtas*. Tratan de responder conjuntamente a un interrogante ontológico y a otro teleológico: la pena *es retribución*, pero las finalidades que la legitiman son trascendentes a ella; estriban en la *prevención* de la comisión de delitos.

No es sencillo pensar en la pena como de naturaleza retributiva, que ella sea la retribución del mal por el mal; únicamente así se comprendería si se la concibe como la razón de ser de una limitación de la punibilidad que impide la aplicación de la pena cuando el agente, con su conducta, no produjo ningún ataque contra bienes jurídicos, reconociendo que, desde este ángulo, el concepto de retribución ha servido para fundar principios básicos de nuestro derecho penal (como el de exterioridad, el de culpabilidad a través de otros aspectos –ver Bustos Ramírez–). En realidad la pena *es un mal*, una detracción de

bienes jurídicos, no una retribución de mal por mal; lo que ocurre es que *funciona como retribución* (dándose los requisitos de su imposición no se puede eludir y ellos no dependen necesariamente de equivalencias con el mal producido por el delito), con *fines preventivos*; si estos últimos no estuviesen presentes en la plataforma legitimante de la pena, tendría ella carácter de pura sanción "moral" (corrección de la moralidad del agente) no jurídica, ya que no interesaría lo más mínimo a la sociedad política.

Ahora bien, la pena como mal no reconoce límite alguno a través de ese concepto ontológico: es el funcionamiento retributivo de ella (respecto del autor) el que establece un límite al *ius puniendi*, ya que el Estado no puede ejercerlo si el delito no ha constituido un mal que haya importado un ataque a bienes jurídicos con repercusión social. A su vez, los fines preventivos también limitan dicho *ius puniendi* –al menos en sus modalidades– porque cuando la pena no cumple con ellos, sería inútil (abusivo) aplicarla y, en ese caso, el derecho tiene que acudir a institutos preventivos de verdadera efectividad (como pueden ser las medidas de seguridad).

Ya hemos visto la especial posición de Zaffaroni y veremos luego cómo la "necesidad" de la pena en el caso del concreto autor decanta toda una tendencia de la doctrina contemporánea, que influye sobre el sistema penal. Advirtamos ahora cómo sigue operando en un importante sector de doctrina la idea de retribución como la única capaz de conectarse con el principio de culpabilidad y con su fundamento de libre arbitrio. No es raro encontrar expresiones como éstas: "Las sanciones retributivas son las propias y específicas del derecho penal... encuentran su fundamento en el respeto al principio ético en cuya virtud el mal debe ser retribuido con el mal, del mismo modo que el bien tiene que ser retribuido con el bien", lo cual sólo puede "cobrar sentido dando por presupuesto que el hombre es un ser libre" (Cabral).

En el otro extremo, la negación de valores absolutos de carácter ético y las dificultades de constatación de la efectiva existencia del libre albedrío, conducen a un rechazo de tal fundamentación (Bustos Ramírez).

Según nuestro punto de vista, la pena –que es un mal– funciona como retribución que se basa en el libre arbitrio, pero en cumplimiento de fines de prevención para que pueda adquirir un sentido jurídico (de regulación de la vida en sociedad). El fin de prevención es consustancial con el derecho en general y con el derecho penal en particular: el derecho como regulador existe

para consagrar bienes jurídicos y protegerlos, pero lo que se discute en derecho penal es el *mecanismo de prevención de la pena*; ¿se cumple por medio de la amenaza respecto de todos o por medio de la ejecución en y para el concreto autor?

§ 11. ***Debate entre la prevención general y la prevención especial en la doctrina contemporánea.*** – En primer lugar parece darse una tendencia a trasladar el sentido de la prevención general como un capítulo de las teorías absolutas que hemos visto. Zaffaroni, señalando que el derecho penal puede tener por meta la seguridad jurídica o la defensa social, dice que "para los partidarios de la seguridad jurídica, la pena tiene efecto principalmente sobre la comunidad jurídica, como *prevención general*... se dirige a los que no han delinquido", en tanto que "para los partidarios de la defensa social, la pena tiene efectos sobre el delincuente, para que no vuelva a delinquir", constituyendo entonces *prevención especial*, señalando que hoy la opinión generalizada es la de que "la pena, entendida como prevención general es *retribución*", y la "entendida como prevención especial es reeducación o resocialización"; el fin de la pena es la retribución y el fin de la ejecución es la resocialización. Para él la circunstancia de que la pena cumpla socialmente una función de prevención general no significa que jurídicamente dicha función pueda legitimar la pena. No necesitamos insistir en que, para nosotros, la significación jurídica de la pena está en la prevención –general o especial–, sin perjuicio de su esencialidad y de lo que significa para el autor el procedimiento de su ejecución.

Para los que reivindican como fin del Estado (sociedad política) la formación de ciudadanos responsables y libres, la prevención general, que opera por medio de la represión intimidatoria ejemplarizante, lleva a la venganza y sólo es compatible con un derecho penal autoritario; únicamente la prevención especial que tiende a la resocialización se conecta con aquella finalidad, aunque la pena siga teniendo un contenido penoso (detracción de bienes); "si esta privación pone en marcha mecanismos... que sirven a la prevención general... compete a los sociólogos... es un efecto tangencial de la pena... lo inadmisible es que el legislador lo tome en cuenta como objetivo principal y menos aún único" (Zaffaroni).

Pero también la prevención especial con contenido de resocialización recibe ataques muy fuertes, ya que ella importaría "la posibilidad de manipulación de los individuos por parte del Estado" (Bustos Ramírez). Tales críticas han desembocado en un concepto de pena enhebrado en la finalidad de "remover obstáculos a la participación libre y crítica del sujeto" en el proceso social, de "resolución de sus actuales conflictos sociales" y a un

rechazo del fin resocializador como etapa que debe ser superada ideológicamente (camino por el cual opta parte de la criminología crítica, p.ej., Bergalli), en tanto que a otros los ha llevado a considerar que la prevención especial no es cualquier prevención especial, sino una particular prevención especial que descarta como pena los que sean impedimentos físicos (pena de muerte) y la reeducación o tratamiento que considere al delincuente como ser careciente, y la que no sea suficientemente flexible para interpretar los sentidos sociales de la criminalización (Zaffaroni) y diversifique la etiología del delito, introduciendo el concepto de *co-responsabilidad de la sociedad* (ver Bacigalupo). Unos terceros prefieren trabajar con la legitimación de la pena en planos distintos: en el momento de la amenaza hay que reconocerle un fin de prevención general; en el momento de la aplicación (individualización concreta), el límite de legitimación está en la culpabilidad; en el momento de la ejecución, la finalidad de prevención especial con contenido resocializador es la que predomina.

En los últimos tiempos, especialmente en la doctrina alemana y en la española, se ha desarrollado el criterio de la prevención *general positiva* o *integradora* (Roxin), que pone el acento sobre la función de recomposición de la vigencia del derecho en la sociedad (p.ej., Jakobs) y con la que se intenta eludir tanto la mediatización del hombre que se ve significada en la prevención general *intimidatoria*, cuanto superar lo que se considera "fracaso de la prevención especial". Sin embargo es evidente que de ninguna manera ha logrado reemplazar el contenido de amenaza (intimidación) de la pena.

§ 12. *LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LOS LÍMITES DEL "IUS PUNIENDI".* – Desde luego que los planteos que acabamos de formular, no se presentan con el mismo grado de coordinación si se trata de medidas de seguridad que se aplican a consecuencia de la comisión de delitos. A su respecto el mecanismo de retribución basado en la culpabilidad del autor tiene, lógicamente, que ser descartado. El fin de prevención de la medida de seguridad –en cuanto se apoya en la peligrosidad del sujeto– no puede ser reconocido con la misma significación. Por tanto, parecería vano referirse aquí al *ius puniendi*. Sin embargo, ya hemos visto que se trata de un procedimiento sustitutivo de la pena, que si bien reconoce otros mecanismos de asignación, tiende también a cumplir fines de prevención especial y, en ese orden, parte de que su legitimidad se asienta en las limitaciones que son propias de la pena, como son los principios de reserva y, ulteriormente, de legalidad.

El criterio utilitario-defensivo para la aplicación de las medidas de seguridad, con el que la doctrina se conformó durante mucho tiempo, sin perjuicio de las mencionadas limitaciones (nunca tuvo una rotunda aceptación legislativa –salvo excepciones muy escasas– la idea que diera pie a los proyectos de ley de estado peligroso que autorizaba la aplicación de medidas de seguridad sin delito), se ha visto conmovido, en los últimos tiempos, por exigencias de otras índoles. Ha sido Welzel quien pretendió requerir un "fundamento moral" para la imposición de la medida de seguridad ("siempre habrá que investigar su admisibilidad moral ante el individuo"), lo cual, sin duda, dificulta su distinción respecto de la pena (Bacigalupo). Sin embargo, ello ha ido derivando, en la evolución última de la doctrina penal, hacia una especie de regreso al sistema monista (identidad de penas y medidas de seguridad), aunque se lo designe como "revisión progresista" que apuntala la identificación en que ni los fines de una y otra son diferentes (en ambas funciona la prevención especial), ni las garantías de imposición son distintas (en cuanto la culpabilidad sea dejada de lado como elemento constitutivo del delito y se la presente como garantía de necesariedad de la pena –Roxin–). Aclaramos que el llamado *sistema o principio vicarial* (el tiempo de cumplimiento de una medida de seguridad que implica privación de libertad se compatibiliza como cumplimiento de la pena privativa de libertad), nada dice en pro de tal unidad conceptual. Así como que otros doctrinarios cortan el nudo gordiano excluyendo las medidas de seguridad del derecho penal, según tesis que se atribuye a Zaffaroni.

§ 13. ***EJECUCIÓN DEL "IUS PUNIENDI". DERECHO PROCESAL PENAL Y DERECHO DE EJECUCIÓN PENAL.*** – Si bien el Estado ejercita el *ius puniendi* mediante la legislación penal, lo ejecuta por medio de instrumentaciones jurídicas que regulan la aplicación y ejecución de la pena (o de la medida de seguridad) a un concreto autor de delito. Los procedimientos jurídicos de aplicación de la pena son los dispuestos en el conjunto de leyes que forman *el derecho procesal penal* que regula la actividad de los organismos de petición (ministerio fiscal, particular en los delitos de acción privada) y de jurisdicción (jueces) para asignar responsabilidad penal al imputado de delito con la consiguiente determinación de la sanción que corresponda.

Pero la sentencia de condena es, como toda sentencia que resuelve una cuestión "de fondo", simplemente declarativa; se viene a agregar entonces lo que se ha denominado *derecho de ejecución penal* o *derecho ejecutivo*, cuyas leyes regulan, precisamente, los modos de efectivización de la pena (o medida de

seguridad); un sector importante de él es el llamado *derecho penitenciario* el que, dada la magnitud que aún mantienen las penas privativas de libertad en el actual sistema penal y la incidencia de ellas sobre la persona del autor, ha recibido un intenso tratamiento. Bastante se ha discutido sobre la autonomía del *derecho de ejecución*; muchos se niegan a encararlo con la relativa independencia que merece y lo colocan dentro del derecho penal o del derecho administrativo, pero su finalidad específica de determinar las modalidades de ejecución para cumplir la prevención especial, inserta en su contenido disposiciones de variada etiología: procesales, administrativas, penales (p.ej., limitaciones de la pena en el período de ejecución), que lo dotan de principios particulares que no son similares a los de los otros derechos (p.ej., el principio de legalidad no adquiere iguales características que en el derecho penal), lo cual lo hace merecedor de un tratamiento particular, aunque no sea un derecho estrictamente autónomo.

§ 14. ***EJERCICIO DEL "IUS PUNIENDI" E IDEOLOGÍAS QUE FUNDAMENTAN EL DERECHO PENAL. DERECHO PENAL INDIVIDUALISTA Y SOCIALISTA, LIBERAL Y AUTORITARIO, DE ACTO Y DE AUTOR, DE CULPABILIDAD Y DE PELIGROSIDAD.*** – Los caracteres que asume el *ius puniendi* y, por tanto, sus límites, dependen de la ideología política que inspira al sistema jurídico del Estado (en cuanto sociedad política que persigue fines).

Señálase en tal sentido que un *derecho penal individualista* que dé protección a los derechos de las personas en cuanto integrantes de la sociedad, no sólo tenderá a preservar con mayor cuidado los bienes jurídicos "individuales" (vida, integridad personal, libertad, etc.), sino también a resguardar al individuo de los que pueden ser excesos en el ejercicio del *ius puniendi*. En cambio, en un *derecho penal socialista* el orden de protección colocará como primordiales la preservación de bienes jurídicos supraindividuales, acentuará el destino defensivo de la sociedad como objetivo de la ley penal, convertirá en menos nítidos los perfiles de la protección de las personas frente a la actividad represiva del Estado.

La tendencia defensiva del socialismo penal se conectó en su momento con algunas tesis del positivismo penal. Los derechos

de los países socialistas procuraron dejar de lado, en una primera época, los límites rígidos de protección del individuo, desechando el principio de legalidad y aceptando la analogía; más adelante volvieron a reconocer aquél, sin cambiar, por supuesto, el orden de los valores que hacían preponderar la protección de los bienes jurídicos colectivos por encima de los individuales; últimamente, sin embargo, un sector neomarxista, que trabaja dentro de las corrientes de la criminología crítica, parece volver a plantear, en lo que llaman derecho penal del "mundo operario", la necesidad de protección de la sociedad como límite principal del *ius puniendi*.

El *derecho penal liberal*, sin necesidad de ser estrictamente individualista, acentúa la protección del individuo frente a los excesos del *ius puniendi*, con grandes esferas de libertad inmarcesibles (principio de reserva) para el mismo legislador, que dejan fuera del alcance de la punibilidad los aspectos morales socialmente intrascendentes. El *derecho penal autoritario*, que por definición no es socialista, ya que trata de preservar predominantemente los bienes jurídicos del Estado (como gobierno de la sociedad política, no los que puedan asignarse a ésta, aunque en la ideología política se confundan ambas), extiende el *ius puniendi* hasta comprender la esfera moral del individuo, imponiendo los contenidos morales que ha de observar en su vida, para lo cual tiene que restringir el principio de reserva y darle un particular sentido al de legalidad, logrando, en lo posible, aunque por vía de la facultad de interpretación, dar entrada a elementos de analogía.

Aunque no tan entroncado con ideologías políticas contrapuestas, como ocurre en las anteriores clasificaciones, no deja de tener puntos de contacto con ellas la del *derecho penal de hecho* y *derecho penal de autor*. El primero asigna la pena en función de la conducta de un autor (por esa conducta); el segundo lo hace porque es autor, es decir, porque muestra una determinada "personalidad" de autor que, en todo caso, se ha revelado con el hecho (*carácter sintomático del delito*). Comúnmente el derecho penal de hecho se concibe como *derecho penal de culpabilidad*, porque la imposición de la pena atiende al requisito de la reprochabilidad, es decir, del reproche que se puede formular al autor por su acto, en tanto que el derecho penal de autor se concibe como un *derecho penal de peligrosi-*

dad: la sanción (que perdería en realidad su carácter de "pena"), tendrá en cuenta la peligrosidad criminal (social) que subyace en la personalidad del autor que el delito revela.

Sin embargo, hay que señalar que algunas corrientes de doctrina (Wolff) concibieron un derecho penal de autor basado en la culpabilidad: la pena se impone porque el agente ha formado libremente (reprochablemente) su personalidad de autor; pero también en esta idea desaparece la pena asignada a un tipo de hecho (homicidio) para asignarla a un *tipo de autor* (homicida). Sobre estas últimas clasificaciones hemos de volver reiteradamente a lo largo de la exposición.

C) El derecho penal en relaciones jurídicas especiales

§ 15. ***Derecho penal común y derecho penal especial.*** – Hemos visto que el derecho penal cubre con la pena hechos antinormativos, es decir ilícitos (antijurídicos). La normatividad que determina tal ilicitud procede del total ordenamiento jurídico; sin embargo, frente al derecho penal común se presentan la especificidad de ciertas relaciones jurídicas, planteando exigencias particulares, ya porque los sectores de actividad en que se dan esas relaciones reclaman requisitos distintos para la punibilidad, especializando los principios del derecho penal común (p.ej., no es igual la obediencia debida en la administración civil que en el régimen militar), ya porque el carácter de las infracciones en relación a los bienes jurídicos atacados no requieren reacciones de la misma intensidad en orden a la prevención (p.ej., normalmente en el derecho penal contravencional no se castiga la tentativa), etcétera.

§ 16. ***Derecho penal disciplinario.*** – Aunque algunos lo designan indistintamente como "derecho penal administrativo" –fuera de que puede confundírselo con otros contenidos que se han dado a tal denominación, como más adelante veremos–, esta expresión es poco reveladora de las relaciones que rige, ya que no es un derecho penal que estrictamente se reduzca a operar sobre los sujetos que actúan dentro de la administración, sino que asume mayor trascendencia, pues si bien en gran me-

dida está destinado a preservar el ordenamiento jerárquico administrativo, también se extiende al ejercicio profesional en las profesiones reglamentadas por el Estado y a las actividades de servicios públicos, cualesquiera que sean los sujetos que los presten, en la medida en que las respectivas infracciones no alcancen jerarquía de delitos de derecho común.

El derecho penal disciplinario puede acudir a penas directamente relacionadas con la actividad: suspensiones, cesantías, inhabilitaciones profesionales, o más generales, como multas; pero no puede imponer penalidades que impliquen coartar la libertad ambulatoria y psíquica de las personas, las cuales requieren un proceso jurisdiccional, pues ello importaría desconocer principios constitucionales (art. 18, Const. Nacional). Las penas del derecho penal disciplinario –sin perjuicio de la ulterior actividad de los tribunales comunes, por vía recursiva– pueden ser aplicadas por organismos administrativos.* Los principios del derecho penal común operan en él, pero no siempre tienen las mismas modalidades que en aquél: por ejemplo, el carácter de la tipicidad estricta que requiere el principio de legalidad en el derecho penal común, no se da en igual medida en el disciplinario (entre otras hipótesis, el mal desempeño en el servicio puede cubrir genéricamente una gama muy variada de faltas no específicamente tipificadas en los reglamentos).

Entre nosotros se le ha llegado a negar el carácter de derecho penal, considerando que pertenece al derecho administrativo (Zaffaroni), pero a nuestro criterio el carácter penoso de sus sanciones dice lo contrario.

§ 17. ***Derecho penal militar.*** – El debate que sobre él se ha entablado en nuestra doctrina no deja de ser complejo. Mientras que para algunos es un derecho penal especial por las particularidades de la organización militar, que establece delitos militares (Fontán Balestra, Zaffaroni), para otros se trata de un conjunto de normas que delinean una jurisdicción castrense, cuya legitimación se encuentra en las facultades que al presidente de la República le otorga el art. 86, inc. 15, C.N., y para unos terceros se trataría de un derecho penal disciplinario, cuya fuente de regulación pertenece al Poder Legislativo

(art. 67, inc. 23, C.N.), pero que no puede comprender delitos de orden común, por más atingencia que tengan con la actividad militar (ésta sería la idea de Núñez).

La primera tendencia es la que ha primado en la doctrina argentina, sobre todo si se tienen en cuenta las leyes modificatorias del C.J.M. y otras relacionadas con la actividad militar a partir de 1984. Siendo esto así, es lógico distinguir el *derecho penal militar* del *derecho disciplinario* que se aplica en la actividad militar, participando este último de todos los principios y caracteres que hemos visto en el parágrafo anterior, salvo con relación a particulares modalidades impresas por el carácter mismo de la actividad y expresamente reconocidas por los reglamentos (p.ej., se admiten ciertas restricciones a la libertad ambulatoria, como ocurre en la sanción de arresto). En cuanto al *derecho penal militar*, si bien rigen en él los principios del derecho penal común –aun por expresas remisiones del C.J.M.–, aparecen algunas diferencias motivadas por la especificidad de las relaciones castrenses (p.ej., los límites de la obediencia debida dan lugar a una particular regulación de la participación en el art. 514, Cód. de Justicia Militar).

§ 18. ***Derecho penal contravencional. Delitos y faltas o contravenciones.*** – Al lado del derecho penal común que tipifica delitos, asignando penas a determinados hechos ilícitos, se ha reconocido siempre la existencia de un *derecho penal contravencional*, donde los ataques a los bienes jurídicos no aparecen como tan graves o tan peligrosos para ellos (sus normas forman los elencos de los "códigos de faltas" que poseen algunas provincias). Las faltas o contravenciones se han erigido siempre como entidades jurídicas existentes en forma paralela al delito, sin confundirse con él.

Una tendencia muy acentuada en la doctrina sostiene que la diferencia no pasa de ahí: la contravención se diferencia sólo cuantitativamente del delito; es un delito "en pequeño". Entre nosotros Soler fue el representante más destacado, en su época, de esta opinión, cuyas consecuencias son importantes, ya que, siendo así, por un lado el derecho penal contravencional tendría que observar todos los principios consagrados legalmente para el derecho penal común, particularmente en lo que

contienen de garantías para el individuo y, específicamente, los límites constitucionales del *ius puniendi*.

La aplicación de dichos principios, sin embargo, ha suscitado polémicas en la doctrina penal; parte de ella pensó que, respetándose el principio de legalidad en el sentido restringido de exigencia de tipicidad legal previa, podía admitirse una suerte de responsabilidad objetiva en el derecho penal contravencional: bastaría en él la constatación de la infracción, sin requerirse para la imposición de la pena la culpabilidad-reprochabilidad del autor; ciertas interpretaciones de las llamadas "infracciones materiales" por los franceses se enrolaron en esa corriente. Puede decirse que hoy se ha superado esa dilatación anómala de la responsabilidad con consecuencias penales, pero se advierte que en el derecho contravencional, por lo común, se considera suficiente como base de reprochabilidad la culpa; sólo excepcionalmente se hace referencia al dolo y, las más de las veces, para considerarlo factor de agravación. Asimismo, como ya lo hemos adelantado, comúnmente la extensión del tipo constituida por la tentativa es expresamente descartada en la legislación contravencional.

Pero ésa no es la única consecuencia que la mencionada opinión produce en nuestro sistema jurídico-penal. Después del largo período en que la legislación nacional no pretendió regular las faltas o contravenciones, parte de la doctrina argentina ha vuelto a insistir en que ellas son materia propia de dicha legislación, atendiendo, precisamente, a que no presentan diferencias esenciales con el delito; se afirma que si las legislaciones provinciales sobre faltas no son inconstitucionales es porque llenan el vacío de la legislación nacional, pero ellas perderán vigencia cuando ésta se introduzca en la vida legislativa.

Esta opinión, defendida hoy por Zaffaroni, insiste en que la materia de faltas no es de las que se han reservado las provincias, sino que es de las delegadas por ellas a la Nación en virtud del art. 67, inc. 11, C.N., apoyándose, como se dijo, en que la diferencia entre falta y delito es meramente cuantitativa.

La doctrina opuesta es la que sostiene que entre delito y falta o contravención hay una diferencia esencial: por el delito se ratifica el deber del individuo de respetar a los demás en el goce de los bienes jurídicos; por la falta o contravención se ratifica el deber impuesto a los individuos por la "legislación que regula la actividad administrativa estatal", y, por tanto, las

leyes contravencionales tienden "a obtener de los individuos" la "cooperación con la acción administradora de la autoridad" en materias de interés común (servicios, higiene, etcétera).

Esta doctrina, expuesta con las expresiones precedentemente transcriptas por Núñez, tiene distinguida prosapia en la evolución del derecho penal liberal. Carmignani y Carrara indicaban que mientras el delito ataca al derecho natural, la contravención sólo significa una transgresión al derecho penal "legal", cuyas leyes atienden a la prosperidad y al bienestar de la sociedad. Pero fue James Goldschmidt quien presentó una versión moderna de la diferencia, distinguiendo el *derecho penal justicial* del *derecho penal administrativo*, protector el uno de los bienes jurídicos del individuo y la sociedad mediante la legislación de los delitos; protector el otro de la actividad administrativa estatal, que tiende a la promoción del bien público legislando sobre las contravenciones.

Así como la idea de la diferencia meramente cuantitativa conduce a la negación de la legislación de faltas como potestad reservada por las provincias, la idea de su diferencia esencial se consuma considerando esa legislación como propia de ellas y prohibida para la actividad del Congreso de la Nación.

Las provincias –dice Núñez– conservan todo el poder legislativo necesario para el desenvolvimiento de las instituciones locales (art. 105, C.N.) además de las expresamente enunciadas (art. 107, C.N.); en el ejercicio de tales atribuciones son los gobiernos locales los que poseen el poder de sancionar penalmente para asegurar el cumplimiento de las normas que en ese orden se disponen. Esa materia, a la que pertenece en gran medida el derecho contravencional, no ha sido delegada al gobierno central.

Creemos que hay que distinguir. Sin duda alguna hay contravenciones –consideradas a nivel de la diferencia esencial que acabamos de ver– que sólo interesan al ordenamiento institucional provincial, pero hay otras que se extienden más allá del mero interés institucional local; evidentemente, éstas no pueden quedar vedadas a las facultades legislativas de la Nación por imperio de las mismas normas constitucionales. De hecho, en el Código Penal vamos a encontrar insertadas entre los elencos delictivos, verdaderas contravenciones con la naturaleza expuesta precedentemente, normalmente configuradas como "delitos" de peligro abstracto (p.ej., tenencia de armas), que se conectan con la sobreprotección de bienes jurídicos a cuyo ataque concreto se atiende en otras disposiciones.

§ 19. *DERECHOS PENALES CON PRETENSIONES AUTONÓMICAS.* – Alguna vez se intentó llamar la atención de nuestra doctrina hacia un *derecho penal económico* como derecho penal especial, dotado de relativa autonomía. En él se incluían reglas de distinta procedencia, unas provenientes del Código Penal, otras de leyes con carácter predominantemente administrativo, etc., a las que se pretendía dotar de unidad por los intereses crematísticos que directa o indirectamente protegían; como es lógico, ese solo factor no podía dar pie a esa unidad y la idea fue perdiendo vigencia, aunque en el Poder Judicial de la Nación se siguen manteniendo tribunales en "lo penal económico", cuya creación respondió originalmente a ella, pero que hoy no pasa de ser una solución organizativa de la competencia de los tribunales penales.

Mayor incidencia en torno a las pretensiones autonómicas se registra respecto del llamado *derecho penal tributario o derecho penal fiscal*, que procura cubrir las infracciones a las leyes fiscales. No pocos se niegan a verlo como derecho penal, considerando que se trata de una rama del derecho administrativo que establece sanciones, no sólo de carácter preventivo, sino también reparatorio (Zaffaroni). Esto no es del todo exacto, ya que son numerosas las leyes tributarias que, al margen de la eventual reparación que disponen por el perjuicio producido a la administración, establecen verdaderas penas por la infracción, de carácter estrictamente personal, que corresponden al responsable como individuo. Aparentemente no pasa de ser un derecho penal común previsto por leyes penales especiales.

La pretensión de autonomía del derecho penal fiscal o tributario repercutió en la admisión –aun a nivel de los más altos tribunales del país– de principios rectores totalmente contradictorios con los que informan nuestro derecho penal; por ejemplo, se pensó en una responsabilidad "penal" objetiva, o en la responsabilidad "penal" de las personas jurídicas. El tema de la responsabilidad objetiva por la infracción tributaria penalizada está hoy en retroceso; los tratadistas especializados elaboran cada vez con más cuidado las exigencias subjetivas para penalizar las conductas infractoras y la misma Corte Suprema de la Nación se ha pronunciado en ese sentido. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no es "penal", sino exclusivamente reparatoria; si se le asignase aquel carácter sería inconstitucional, pues la pena revertiría sobre cualquier componente de aquélla, con eventuales

violaciones del principio de culpabilidad implícitamente consagrado por el art. 18 de la Const. Nacional.

También se ha pensado en la autonomía de un llamado *derecho penal del menor*. Las particularidades de la pena según las reglas que se aplican a la delincuencia de menores, la acentuación de medidas educativas, no son factores suficientes para quitarlo del campo del derecho penal común que, en todo caso, está regulado en la materia por leyes penales especiales, cuya existencia sí se justifica por las características de los sujetos, que influyen en las necesidades de los mecanismos de prevención.

D) La ciencia del derecho penal y las disciplinas relacionadas con la ocurrencia delictiva

§ 20. *Conocimiento del derecho penal.* – Hasta aquí la exposición ha girado en torno al derecho penal como legislación, como conjunto de reglas, normas o disposiciones; tenemos ahora que examinar cómo se conoce dicho contenido, así como también cuáles pueden ser los conocimientos paralelos que sirven para aplicarlo a los casos concretos o para programarlo en función legislativa.

§ 21. *La ciencia del derecho penal como dogmática.* – Si se puede dudar de que el estudio del derecho como conjunto de reglas jurídicas *sea una ciencia*, no se puede decir lo mismo en cuanto a que ese conjunto puede ser objeto de un estudio científico (Cabral) –y como tal presidido por la objetividad más exigente– que tiene por finalidad la interpretación de dichas reglas para aplicarlas a los casos concretos. Como veremos más adelante, puede haber una "ciencia de lo jurídico" que tienda a descubrir y crear un orden "justo" o "sociológicamente útil" o "políticamente adecuado", sin atarse a las reglas positivas existentes en una determinada legislación vigente (o que lo haya sido); pero la ciencia del derecho como *dogmática* parte de estas reglas, las toma como *dogmas* –de ahí su denominación– para otorgarles ubicación y clarificar su contenido dentro del sistema jurídico tal como está legislado (ver Núñez). En tal

sentido se dice que la dogmática (cuya denominación y especificación metodológica inicial se hace proceder de Ihering) realiza una labor acrítica (ya que no rechaza el dogma de la ley), objetiva (porque no inserta juicios de valor subjetivos del intérprete, sino que procura descubrir los valores empleados por el legislador para diagramar la ley y su actualización sociológica) y utilitaria (puesto que tiene por finalidad la aplicación práctica de la ley).

§ 22. *El denominado "método dogmático".* – No es propiamente un "método" (procedente de principios epistemológicos), sino un procedimiento operativo por medio del cual esta ciencia dogmática trata de realizar su tarea. Si fuésemos a resumir sus pasos en muy apretada síntesis, tendríamos que decir que la dogmática trata de extraer principios generales de las leyes particulares para delinear el esquema básico del sistema legal, volviendo después con ellos hacia las leyes particulares para interpretarlas, *recreando* el sistema jurídico a fin de ordenarlo y hacerlo internamente coherente. Para lograrlo emplea el análisis de los textos; por medio de la analogía de las reglas –como procedimiento lógico– establece módulos aplicables a una generalidad o a un sector determinado de ellas, las coordina (sistematiza) dentro de dichos módulos y corrobora por medio del planteamiento de hipótesis o en el concreto examen de los casos dados (según se trate de una labor doctrinaria o jurisprudencial), la coordinación de la regla particular con dichos módulos.

> Tenemos que reconocer que la *dogmática* así concebida por Ihering –aunque como labor práctica reconoce algunos antecedentes históricos importantes– procuró superar dos conceptos de interpretación de lo jurídico que se contraponían en el siglo XIX: el de la exégesis de la ley con pretensiones de rigidez gramatical, pero que al ceñirse a la "voluntad" del legislador, pese a la intención de respetar el texto, terminó encontrando en el "espíritu del legislador" (de la ley) una forma para desconocerlo o modificarlo, y el del derecho natural, que –sobre todo en el derecho penal de la "escuela clásica"– dada la pujanza de las construcciones que inspiró, producía parecidas consecuencias. No es nada raro, pues, que en un momento determinado la pretensión de objetividad acrítica de la dogmática, unida a concepciones filosóficas que se esforzaron por distinguir los diferentes planos de indagación

de lo jurídico –como el purismo kelseniano–, pareciera haber alcanzado una simbiosis indestructible en el denominado "positivismo jurídico" que, en su forma más extrema, trataba de interpretar la ley sin más datos que los aportados por la ley misma y que dio origen a una variedad de "escuelas penales" denominadas "técnicas". Ese positivismo jurídico comenzó a hacerse insoportable para algunos, cuando ciertos representantes de él pretendieron "congelar" la ley, negándose a introducir en su interpretación datos no jurídicos que la misma ley imponía (en verdad se trató más de una idea expresada que de un procedimiento realmente aplicado). Ese modo de entender la dogmática tendía a consagrar como válida la obsolescencia de la ley, y así tuvo que ser superado. El reconocimiento de la función protectora de los bienes jurídicos por parte del derecho demostró que la dogmática resistía, sin mengua de sus esquemas de objetividad, la consideración de datos de la realidad, que permitían actualizar la ley sin desconocer su fórmula. Pero, a partir de allí, poco a poco se fueron abriendo paso las tesis que llevan a una concepción muy distinta de la dogmática como ciencia.

Antes de dar noticia de esas nuevas corrientes, debemos aclarar que la "escuela positiva" nunca trató de dar un nuevo contenido a la dogmática; por el contrario, la dejaba de lado y pretendía su reemplazo por la metodología procedente de las ciencias naturales, si bien muchos positivistas hicieron dogmática de la mejor, aunque superando los principios de la escuela (como Grispigni, o Ramos entre nosotros). Pero, sea desde el campo del derecho natural, sea desde el afán del control de la ideología de la ley, se inició una revisión que, si en un principio tomó como objetivo la crítica del positivismo jurídico, terminó en una profunda modificación de contenidos de la dogmática, que aunque no haya tenido mayor éxito en la doctrina penal necesitada por la práctica del derecho, plantea dudas que cada vez son atendidas con mayor interés en los centros universitarios.

Los embates contra la *jurisprudencia de conceptos* que se suele asimilar al positivismo jurídico, está en el centro de la tarea de revisión. En primer lugar se plantea la duda sobre la posibilidad de mantener una estricta objetividad de la labor dogmática: "la exclusión absoluta de puntos de vista del intérprete no es posible" (Bacigalupo). En segundo lugar, una concepción "materialista" del procedimiento teleológico como determinante en la interpretación de la ley, sostiene que ya no es posible separar el concepto formal del delito de su concepto material y, por consiguiente, la dogmática no puede pretender operar en un campo aséptico de política; en "la dogmática orientada por el método

teleológico" es presupuesto inevitable la "caracterización de los hechos merecedores de pena", para determinar cuáles son los hechos punibles (Bacigalupo). Lo que todavía no aparece con total claridad es cuál es el procedimiento adecuado para alcanzar esa injerencia política sin destruir la dogmática misma. Sin duda que serán entonces necesarios valores fundamentales previos a la ley para proponerlos como pautas de interpretación. Por ejemplo, se niega la posibilidad de la dogmática en una ideología de inseguridad jurídica, que no admita la coexistencia, los derechos humanos, etc.; evidentemente, se parte, pues, de un concepto de seguridad jurídica que puede ser distinto de otros según bases ideológicas (ver Zaffaroni).

Los esfuerzos para la distinción entre la ciencia del derecho como dogmática, aunque aceptando los datos de la realidad suministrados por otras ciencias, y éstas (Núñez) están siendo abandonados o, por lo menos, corregidos en intensidad y dirección. Pero aquí se notan dos versiones críticas; una procura simplemente que la dogmática no sea ajena a la política: todo el sistema penal cumple un programa de política criminal (Bacigalupo), que el intérprete no puede dejar de considerar para alcanzar una interpretación coherente de sus leyes (Zaffaroni). Otra ("criminología crítica" –Baratta, Bergalli, etc.–) sostiene que hay que incorporar a la dogmática la crítica del derecho vigente: la obra de la dogmática tiene que dejar de ser una simple interpretación para convertirse en el factor de transformación del derecho interpretado.

§ 23. *Criminología.* – Se dice que la dogmática es "ciencia normativa" porque estudia normas: explica cuáles son los delitos y cuándo una conducta produce la consecuencia de la penalización, pero no estudia cómo se da el sustrato sociológico de lo delicitivo ni su porqué antropológico (es decir, por qué el delito aparece en la sociedad y por qué una determinada persona comete delitos). Esta tarea científica corresponde a la criminología, que estudia el fenómeno delito (criminalidad) en las sociedades humanas.

La circunstancia de que en un momento dado se sintió tan agudamente la necesidad de estos estudios, suscitó en muchos el convencimiento de que ellos eran los únicos válidos en el campo penal; tal idea, surgida en los primeros tiempos del "positivismo penal" (Lombroso, Garófalo, Ferri, etc.), reducía el derecho penal mismo a las ciencias que componían los estudios criminológicos (la biología y psicología criminales y la sociolo-

gía criminal); aun dogmáticos de fuste fueron tentados por ella ("la criminología se tragará al derecho penal", decía Jiménez de Asúa, mientras elaboraba cuidadosamente la cerrada dogmática de su teoría jurídica del delito). La reacción no dejó de ser excesiva y perturbadora de estos estudios: se pretendió restringir su alcance a las conductas previamente catalogadas como delitos por el legislador (Exner), con lo cual la criminología perdía su carácter y desaparecía como apoyo de la obra del legislador (para decirle qué conductas influían más negativamente en la organización social, o cuál podía ser la técnica de "tratamiento" para determinados individuos, etcétera). Evidentemente, la *criminología*, en su indagación individual (antropología biopsicológica) y social (sociología criminal), es un estudio previo a la legislación y un auxiliar del intérprete en muchos aspectos (p.ej., como vimos, en la individualización de la pena).

La *criminología*, que se propuso bajo diferentes nombres, como fue el de "sociología criminal" –Ferri– como "ciencia" durante el positivismo penal –carácter que le es negado porque si bien en ella podría darse unidad de objeto no existiría unidad de indagación y, por tanto, de método– tuvo, hasta hace muy poco tiempo, exclusivamente la marca de las ciencias causal-explicativas: pretendía descubrir la etiología de lo criminal en la naturaleza individual y social y, en su caso, establecer las "leyes naturales" que regían la aparición de ella en tales planos.

Pero, desde hace un tiempo relativamente breve, la denominación se utiliza para designar una tarea que la criminología tradicional no había encarado. En primer lugar se varía su enfoque: en vez de estudiar la criminalidad, estudia la *criminalización* (constitución en criminal), que depende, básicamente, de la reacción social frente a determinadas conductas, los sistemas de controles sociales y, dentro de ellos, el sistema jurídico penal. Por consiguiente, esta nueva criminología ya no puede ser abastecida por el examen causal-explicativo de lo criminal; tiene que introducirse en la crítica a la legitimidad (social) del sistema, programar el derecho penal necesario para la sociedad (política del derecho), e introducir ese programa en la concreta aplicación del derecho vigente (aplicación o interpretación "crítica" del derecho legislado). Esta obra, encarada en general por la llamada corriente o escuela de la *criminología crítica* (que toma el rótulo de la "sociología crítica" –Adorno, Marcuse, etc.–), tiene el efecto de esfumar los límites entre el estudio del delincuente como persona individual, la sociología –sobre la que insiste– y el derecho

penal, aspirando a sustituirlo todo por una "criminología" que reconozca e imponga un nuevo orden de valores. Políticamente, la criminología crítica actual parece estar unida a una ideología neomarxista, en tanto que el marxismo de cuño más tradicional (p.ej., Novoa Monreal) la mira con desconfianza o la combate sin piedad. La levadura más importante de esta corriente se encuentra en el centro universitario de Bologna (Baratta) y, hasta ahora, se reduce a discusiones académicas que han repercutido en la literatura hispanoamericana a través de autores españoles (en algunos de los cuales la postura crítica es de signo algo diferente) y recalado entre nosotros a través de una difusión de apoyo y debates (*Doctrina Penal*). Aunque nuestro pensamiento no ha sido bien recibido, seguimos sosteniendo que cierta eclosión de esta nueva forma de encarar los planteamientos penales, debe mucho a la obra de ruptura de Roxin.

§ 24. ***Política criminal.*** – Si bien la denominación nace adscripta a una escuela (von Liszt), que la concebía como la "ciencia de lucha contra el delito" en base a los elementos brindados por la criminología y dentro de los límites de la legislación penal (es decir, en su época se intentó con ella coordinar los estudios penales clásicos con los del positivismo penal), hoy aquélla se reserva para lo que podemos catalogar como "arte" de legislar en materia penal.

El legislador toma los datos que le acerca la criminología, critica sobre esa base la legislación vigente, abunda esa crítica con los datos que le aporta la dogmática (al señalarle defectos de la ley, p.ej., en la labor de la jurisprudencia) y propone nuevos programas y criterios de legislación, dentro de los parámetros de la técnica (legislativa) correspondiente. Desde ese punto de vista, la *política criminal* es el conocimiento que apoya la reforma de la legislación vigente. Aunque acabamos de ver hasta qué punto nuevas tendencias tratan de trasladar sus efectos a la misma actividad dogmática.

E) Aclaración metodológica en torno de las divisiones de la teoría general del derecho penal

§ 25. ***Particularidades de nuestra exposición.*** – Siguiendo un orden tradicionalmente aceptado, además de la introducción que aquí formulamos y de la noticia que daremos sobre la

evolución histórica del derecho penal y su ciencia, dividiremos la exposición de la teoría general en teoría de la ley penal, teoría del delito y teoría de la sanción, incluyendo aun en esta última el comentario de reglas que pertenecen más propiamente a la ejecución de la pena que a la determinación de ella.

Si alguna innovación podrá notarse en nuestro plan expositivo, es el haber cambiado la costumbre de tratar, en cada elemento del delito, su faz positiva y su faz negativa. La hemos dividido en dos secciones separadas: una teoría positiva del delito y una teoría negativa del delito. Ello no obedece a planteos epistemológicos (y menos aun ideológicos), sino más bien a lo que entendemos como compromiso docente de exponer del modo menos complejo posible, pues de esa manera pensamos no agobiar al lector con debates sobre el encuadramiento, que gastan energía en vano, pues al fin no interfieren en la adopción de la misma solución "práctica" en la aplicación de la ley.

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL

§ 26. *LÍNEAS GENERALES DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL.* – Es del todo imposible determinar con alguna precisión períodos en la evolución del derecho penal. Ello obedece a la supervivencia de institutos primitivos que coexisten con los de nuevo cuño durante tiempos muy largos; por ejemplo, aunque en algunas etapas se pueda señalar el cambio de un derecho penal de carácter religioso a otro de carácter laico, encontramos a aquél aun en formaciones jurídicas que se siguen aplicando en nuestra época. Todo lo que se puede hacer es delinear las grandes direcciones que se advierten en la evolución desde un derecho penal que podemos catalogar como "privado" hacia un derecho penal de carácter público; desde el reconocimiento de una responsabilidad colectiva y objetiva hacia una responsabilidad individual y subjetiva; desde un derecho de arbitrio judicial irrestricto hacia un sistema de legalidad.

A) CAMINO HACIA LA PENA PÚBLICA E INDIVIDUAL

§ 27. *POSIBLES PROYECCIONES DE UN DERECHO PENAL PREHISTÓRICO.* – A partir de un derecho penal mítico (como tal históricamente inenarrable con un margen de certeza) se ha ido considerando en los grupos primitivos una evolución desde una reacción defensiva o vengativa de los individuos que paulatinamente es sustituida por acciones grupales del mismo carácter, hasta que al ir alcanzando el grupo mayor complejidad y adoptar formas de vida uniformes que facilitan su conservación, deja de lado tales características y otorga a la función, que en

ese sentido realiza, un destino de prevención de la cohesión del grupo dentro del conjunto de normas de vida que se consideran necesarias para la paz grupal; es entonces que aparece la pena como tal, en cuanto expediente para impedir conductas antigrupales. Tal actitud ideológica, además de importar la transformación de la mera reacción en pena, implica una doble limitación de ésta: la procedente de la injerencia del grupo en su imposición y su configuración por medio de características asumidas con cierta regularidad, que el mismo grupo impide traspasar a sus individuos.

§ 28. ***Coexistencia de un derecho penal mágico. Las prohibiciones tabú.*** – Es posible que durante mucho tiempo haya coexistido, junto con la actividad punitiva sobre conductas que amenazaban efectivamente la cohesión y preservación del grupo, otras de procedencia mágica concretada en el castigo de las infracciones a las *prohibiciones tabú*, que eran reglas de aquel orden (asumiendo asimismo carácter religioso), tendientes a mantener la armonía del hombre con las fuerzas cuyo origen le era desconocido (el grupo consideraba tan peligroso para su existencia el hecho de depredar los alimentos comunes, como el de violar la prohibición de tener contacto con objetos sacralizados).

§ 29. ***Especies de penas en el derecho prehistórico.*** – La creciente complejidad de los grupos y, sobre todo, su asentamiento en lugares fijos o en áreas más o menos determinadas frente a otros grupos, fue provocando la configuración de una doble vía de defensa: la extragrupal, mediante la guerra con los otros grupos y la intragrupal, mediante la imposición de la pena. En ésta, fuera de sanciones que tenían un carácter estrictamente físico, se descubren procedimientos que habremos de encontrar después minuciosamente reglados en posteriores etapas históricas, aunque en pueblos de características primitivas (como las tribus germanas), como la exclusión de los infractores del grupo (*privación de la paz*), lo que implicaba que éste les retiraba su protección dejándolos a merced de otros grupos o aun de individuos de aquel del que había sido excluido; la permisión a los agraviados para llevar a cabo por sí mismos la aplicación de la pena en la persona del infractor o de sus

familiares (*venganza de sangre*), sin perjuicio de que el mismo reparase el daño inferido para evitar esa consecuencia (*composición*).

§ 30. ***Limitaciones de la pena.*** – Para evitar que la ejecución de la pena se convirtiese, a su vez, en una amenaza a la cohesión del grupo (por su exageración), se hizo cada vez más necesario que ella se transformara en una función grupal (*publicidad de la pena*), lo que definitivamente queda concretado cuando los grupos se reúnen en sociedades políticas (Estados), y que fuese regulada para cumplir con eficiencia su carácter preventivo (la amenaza contra el futuro infractor). Principios como los del *talión* (al infractor sólo podía causársele un mal de la misma especie o equivalente al que él había ocasionado), aplicados por lo menos en ciertos delitos, tenían ese destino. También se advierte en esa tendencia a la limitación de la pena, un paulatino abandono de la responsabilidad grupal por la individual, es decir la reducción de los efectos al autor del delito y su no extensión a terceros.

§ 31. ***Derecho penal histórico.*** – Todas estas direcciones y principios los descubrimos en los derechos penales de las culturas más antiguas que conocemos, aunque, como hemos señalado, coexistan en ellos las concepciones primitivas con las tendencias de las organizaciones políticas complejas. Así, por ejemplo, el concepto de responsabilidad grupal o familiar no es dejado de lado en el *derecho penal chino* hasta el siglo VII.

Pero sin duda alguna es el principio talional el que se presenta en la base de la mayor parte de las legislaciones antiguas, como ocurre en el *Código de Hammurabi* (Babilonia) y en el *derecho penal hebreo* –apoyados en sus ideas y textos religiosos–, aunque en uno y otro se admite la composición, sea para los delitos de efectos puramente patrimoniales, sea para los que se consideran de menor gravedad. En las antiguas culturas americanas, el principio talional aparece en derechos de una elaboración relativamente avanzada, como el de los aztecas (*Código de Netzahualcóyotl*).

La tendencia hacia la individualización de la pena y, por ende, de la responsabilidad –que va abandonando la primitiva objetividad– se aprecia sobre todo en derechos de fuerte conte-

nido religioso, como el de la *India* (*Código de Manú*) que asignaba a la pena un sentido purificador y distinguía la culpa del caso fortuito, o en las progresiones del derecho penal hebreo (*Talmud*) que configura la culpa, la preterintención, el error, la legítima defensa y aun instituciones que permiten una mayor precisión en la individualización cuantificatoria de la pena, como la de la reincidencia.

§ 32. ***Proceso de laicización del derecho penal.*** – Casi todo el derecho penal de las antiguas sociedades tenía un fundamento religioso, ya por asentar en reglas de conducta de esa procedencia, ya por aparecer la imposición de la pena como un castigo de esa índole y el delito como ofensa a la divinidad. Es sólo a partir del *derecho griego* que se afirma el sentido laico del derecho penal, dirección que encuentra su consagración definitiva en el *derecho romano*, con el que, a la vez, se termina la evolución en pos del carácter público de aquél; porque si bien originalmente existió en él una distinción entre delitos públicos (*perduellio* y *parricidium*, denominaciones genéricas que comprendían una variada gama de infracciones) -que eran perseguidos por el Estado– y privados –que eran perseguidos por los particulares–, ella fue perdiendo vigencia, hasta que en la época del Imperio la función penal quedó exclusivamente en manos del emperador (con jueces que actuaban en su nombre).

El interregno del *derecho penal germánico* –de gran influencia en el mundo occidental durante cinco o seis siglos a partir de la decadencia del Imperio romano– significó una especie de vuelta a las ideas y procedimientos de los primitivos derechos grupales: con una regulación relativamente estricta reaparecen en él la privación de la paz y la composición, aunque ésta como manera de poner fin obligatoriamente a los efectos de la venganza de sangre (si bien esta última, concretándose a través de la "faida", tenía características muy particulares).

Del entronque de este derecho con las supervivencias del derecho romano y las reglas de las costumbres locales, se fueron originando los monumentos jurídicos de la alta y baja Edad Media, de los cuales tenemos un singular ejemplo en *Las Partidas* de Alfonso el Sabio.

§ 33. *Paso de la Edad Media a la Moderna.* – Dos grandes movimientos, uno más propiamente legislativo, de carácter más doctrinario el otro pero con gran trascendencia legislativa, señalan el paso de la Edad Media a la Moderna.

La consolidación del *derecho penal canónico* en el transcurso del siglo XV (recopilación del *Codex Iuris Canonici*) acentuó el aspecto subjetivo del delito (dolo, culpa), cuya elaboración se vio reforzada por la renovación del derecho romano durante las últimas etapas de su recepción por obra de los *posglosadores* como continuadores de los *glosadores* y de los *prácticos* que, además, elaboraron con mucha precisión distintos elementos del delito, como se puede constatar en los trabajos de Carpzovio y Covarrubias. Un cuerpo legislativo que, entre otros, coronó esta evolución fue *La Carolina* de Carlos V de Alemania (I de España).

No dejó de tener que ver con ella el desarrollo de las ideas penales volcadas por los distintos pensadores renacentistas –juristas y politólogos– que compusieron el cuadro de la literatura jurídico-política durante los siglos XVI y XVII, como More (Tomás Moro), Bacon, Grocio, Francisco Suárez, Locke y Hobbes, entre otros.

B) Camino hacia el principio de legalidad y la responsabilidad subjetiva estricta

§ 34. *La ilustración.* – Pero el derecho penal de nuestros días, sin desconocer lo que debe a esta larga evolución, parte de un momento muy particular de la historia de la moderna civilización. En el siglo XVIII es cuando se definen sus lineamientos básicos. El movimiento iluminista, con su vertiente de enciclopedismo en Francia y el correspondiente del mundo germano (*Aufklärung*) que se traslada rápidamente a toda la sociedad occidental, al situar al hombre en una nueva posición, da origen a un derecho penal respetuoso de sus derechos fundamentales (derechos "naturales" del hombre). El rechazo del arbitrio judicial y la exigencia de ley previa para que pueda imponerse la pena, las dudas sobre la necesariedad de la crueldad de ésta y la repugnancia por los procedimientos atro-

ces de indagación, aparecen en casi todos los pensadores de la época (Montesquieu, Rousseau, Voltaire, etcétera).

El contractualismo se presenta como la razón de ser jurídica que asegura los derechos naturales del hombre, que no pueden ser desconocidos por la sociedad civil. Tal doctrina, junto con la señalización de muchas de sus consecuencias para el derecho penal, fue sintetizada en el libro *De los delitos y de las penas* escrito por el marqués de Beccaria y publicado en 1764; en él se delinea la necesidad de la ley previa, el rechazo del arbitrio judicial en la creación de delitos e imposición de penas (hasta llegar a desconfiar de la interpretación judicial) y de los procedimientos inquisitivos de carácter cruel (la tortura), la proporcionalidad entre la pena y el delito. Según se ha dicho, el libro de Beccaria de ninguna manera constituyó una tarea original; no hizo más que condensar una serie de ideas que venían siendo comunes en su época y aun pudo introducir desarrollos de terceros (en tal sentido se ha hecho notar las influencias que pudieron tener los hermanos Verri), pero sus fórmulas pasaron a constituir el bagaje indestructible de la cultura penal de entonces, motivaron su afinación en juristas de fuste (Filangieri en Italia, Lardizábal en España, etc.) e inspiraron todo un movimiento legislativo de gran revisionismo (p.ej., Leopoldo II en Toscana y en Austria, Catalina en Rusia).

§ 35. *La codificación del derecho penal liberal.* – Nació así lo que conocemos como *derecho penal liberal*, el que, sin perjuicio de lo que puedan haber influido las elaboraciones del idealismo alemán (no se puede desconocer el influjo de Kant), fue el que apoyó la nueva corriente legislativa del movimiento codificador del siglo XIX que, a partir del Código Napoleón, se extiende por todos los países continentales de Europa y América latina.

§ 36. *La "escuela clásica".* – La ideología penal del siglo XVIII viene a insertarse con gran pujanza en los teorizadores de la primera mitad del siglo XIX. En él, la dirección utilitarista de la obra de Bentham permite destacar el criterio de la prevención general como finalidad de la pena. Ella se presenta también en Romagnosi y, de un modo más original, en Feuer-

bach (teoría de la coacción psicológica) a quien, por otra parte, se debe la formulación moderna del principio de legalidad.

Pero es primordialmente a través de los juristas italianos Carmignani y Carrara, que la teorización de este derecho penal llega a su ápice; son ellos los que trazan definitivamente el perfil con que hoy lo conocemos, a partir de una base inmarcesible de derechos del hombre, a quien se designa como sujeto de derecho y no como objeto del derecho penal; del delito como "ente jurídico" (cuya configuración y consecuencias dependen de la ley); de la responsabilidad penal como responsabilidad subjetiva (moral) basada en la propuesta del libre albedrío como axioma; de la pena como retribución por el delito aunque sin desconocimiento de distintas finalidades en las que caben tanto la prevención general como la especial.

Las elaboraciones de otro italiano, Pessina, coronan con una exposición de gran rigor jurídico esta línea de pensamiento que los positivistas iban a englobar bajo la denominación común de "escuela clásica".

C) Acentuación del defensismo social

§ 37. *El positivismo y la escuela positiva.* – Aunque se haya considerado que la "escuela positiva" fue una reacción contra algunas exageraciones de abstracción de los penalistas "clásicos", la verdad es que ella respondió a un movimiento *filosófico que, en resumen, no fue sino el efecto del gran desarrollo* que tuvieron las ciencias experimentales y sus procedimientos (método), sobre todo a partir de la revolución industrial: todo –hasta las disciplinas morales y normativas– se podía reducir a un estudio "científico" y éste era únicamente el que respondía al método experimental (inductivo).

El hombre, como ser de la naturaleza, no responde a los impulsos del libre albedrío, sino al de las leyes de la naturaleza; actúa respondiendo a ellas y, por tanto, no actúa "en libertad", sino "determinado", condicionado por las circunstancias materiales que lo rodean. Por consiguiente, el derecho penal no puede hacer corresponder sus elaboraciones con una reprochabilidad de orden moral, sino que el hombre, al vivir en sociedad, tiene que observar sus reglas para que ella siga siendo

lo que es: la responsabilidad con la que trabaja aquel derecho pasa a ser, pues, una "responsabilidad social", cuyas exigencias tienden, precisamente, a la defensa de la sociedad. Por tanto el derecho penal tiene que ser un medio de defensa social y como tal tiene que ser observado por el individuo sin relación alguna con los impulsos de su ser "moral".

Desde luego que, dentro de esta idea, ya no se concibe el principio de legalidad tal como lo concibieron los autores que hemos citado en los parágrafos anteriores. La defensa de la sociedad requiere, antes que la retribución por el delito, la prevención del delito; por consiguiente no es el hecho cometido el pivote del derecho penal, sino la "peligrosidad" del sujeto, su pronóstico como futuro autor de delitos. El sujeto que se considera peligroso según pautas determinativas de su peligrosidad (de carácter social, biológico y hasta morfológico), puede ser neutralizado mediante la aplicación de medidas que importen vulneración de sus derechos, aun cuando no haya cometido ningún delito configurado como tal en la ley ("estado peligroso sin delito").

Aunque se indica a Lombroso como punto inicial de este modo de entender lo penal, la estructuración definitiva de la "escuela" estuvo en manos de Garófalo y, sobre todo, radicó en la obra monumental de Ferri.

El positivismo, si bien dominó la ideología penal desde que nació hasta casi la segunda mitad del siglo XX, no alcanzó más que en medida muy escasa a dejar de lado los esquemas fundamentales del derecho penal liberal, sobre todo porque al no compaginar con un sistema de legalidad, su éxito legislativo fue casi nulo. No es raro, entonces, que aun dentro de la misma escuela positivista se produjera una revisión jurídica en procura de insertar, dentro de aquel sistema, los descubrimientos sobre la ocurrencia delictiva que sus estudios naturalísticos indicaban como de utilidad, sobre todo para el perfeccionamiento de la legislación penal. Entre otros, esa dirección fue asumida por Grispigni en Italia y no dejó de estar presente entre nosotros, como veremos.

§ 38. *Las denominadas "escuelas intermedias".* – Justamente fue el reconocimiento de dicha realidad y la considera-

ción del predominio intelectual del positivismo junto a la continuada vigencia de los principios legislativos del derecho penal liberal, lo que suscitó ciertas corrientes que, desde fuera de la escuela positiva, procuraron una coordinación principista. La llamada *terza scuola* de Alimena, Carnevale e Impallomeni pugnó por elaborar lo que podemos llamar causalidad con libertad: el hecho de que la causalidad domine la ocurrencia delictiva no importa que el hombre esté necesariamente "determinado".

Mayor trascendencia tuvo, en los estudios penales, la "escuela sociológica" o de la "política criminal" de von Liszt, la que, prácticamente, dio pie a la consideración de la doble vía de lo jurídico y lo criminológico en la elaboración de aquéllos.

D) Del positivismo jurídico a una interpretación "política" del derecho penal*

§ 39. *El auge de la dogmática.* – Al término "dogmática" se le ha dado diversa significación dentro del estudio de nuestra ciencia; por un lado se quiso designar con él una tendencia o escuela (presumiblemente iniciada por von Ihering), y por el otro se designa con este vocablo a toda aquella exposición del derecho penal que parte del análisis del derecho positivo y de las reglas jurídicas que tienen su origen en éste.

La dogmática, como posición o punto de vista científico respecto del derecho penal, fue compartida por distintos juristas de la Europa continental que parten de la base de que el objeto de su estudio es siempre un derecho positivo dado, y es en este objeto que se ha criticado a los representantes de esta modalidad de estudio, pues se les reprocha que niegan toda posibilidad de existencia de elementos fuera de la ley cayendo en un tecnicismo exagerado; dicho de otra manera, a los dogmáticos se les imputa confundir lo justo con lo formalmente lícito. Pero, si se lee correctamente al autor que (aunque referido al

* Por el abogado Sebastián Creus.

derecho en general) efectuó la síntesis de las aspiraciones dogmáticas, es decir a Hans Kelsen, podrá observarse, en el prólogo y primer capítulo de su *Teoría pura del derecho*, que no pregona la inexistencia de principios jurídicos o elementos que influyan en las instituciones jurídicas y que provengan de la realidad histórica, social, de la psicología del delincuente, de la ideología política del legislador, etc., en suma, que sean extralegales; sólo dice que no serán tenidos en cuenta en el desarrollo de su teoría, lo que es bastante diferente del contenido de las críticas provenientes de los opositores de las corrientes dogmáticas.

La dogmática, como nuevo enfoque del derecho penal, aparece a fines del siglo XIX y se desarrolla en las primeras décadas del presente, inclusive se mantiene el debate con la aparición de las doctrinas realistas que se manifiestan en los últimos años del siglo XX. En nuestro medio aparece con vigor recién en la década del treinta con Sebastián Soler y posteriormente con Ricardo Núñez, como reacción contra el positivismo de aquella época.

En Italia surge una tendencia dogmática que dio lugar a la llamada "escuela técnico jurídica", que –en rigor de verdad– se trató de una exposición bastante extrema en el sentido de que sus autores mostraban un rechazo exagerado de lo filosófico. Es esta posición radical de la escuela técnico jurídica italiana, la que generó las críticas más fuertes a la dogmática, pero debe tenerse en cuenta que ella no constituye el único intento por hacer ciencia del derecho penal vigente, por eso es que tiene que considerársela como una muestra límite de la exposición dogmática y no caer en el error de ampliar las conclusiones que de ella obtenemos a todas la manifestaciones de la misma tendencia.

La escuela técnico jurídica italiana comienza su evolución a partir de 1910 con las construcciones de Arturo Rocco y Vincenzo Manzini quienes, por su vinculación con el régimen fascista, dieron mayores razones para el rechazo de su postura.

§ 40. *La expresión alemana.* – Tal vez esta corriente sea la que mayor aporte ha dado al enfoque dogmático del derecho penal a través de la obra de Karl Binding (autor de la llamada

"teoría de las normas"), y de Ernst von Beling (por su desarrollo sobre la teoría del tipo), y de un ingente número de tratadistas.

Binding enseña que la conducta delictiva no choca con la ley penal, sino que infracciona la norma que es ajena a ella, señalando que las "normas son prohibiciones o mandatos de acciones" que podemos extraer del tipo (si éste contiene una omisión o una acción conminadas con una pena, se convierten en un mandato o prohibición, respectivamente); agrega que, además, las normas se dirigen a los individuos capaces de acciones –excluyendo a los alienados y a los niños–, por lo tanto la ilicitud es siempre culpable (no existe injusto objetivo). Sostiene que la conminación no es esencial para la norma, sí para la ley penal, porque la finalidad y el contenido de la norma es fundar el derecho en la obediencia, en tanto que la ley penal lo hace sobre la pena. Las normas son para Binding presupuesto de la ley penal pues permanecen con fuerza y autoridad por sí mismas.

Por su parte Beling, partiendo de los principios de legalidad y reserva, sostuvo que el derecho penal regula o atrapa sólo algunas conductas humanas que están específicamente determinadas, y es por eso que tales conductas deben estar descriptas en tipos y no en vagas enunciaciones, sosteniendo que la tipicidad es la adecuación de la conducta en el caso concreto, al catálogo. En una primera enunciación de sus ideas en 1906 nos dice que el tipo es independiente de los otros elementos del delito, independiente de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Posteriormente, y con los aportes de Mayer y Mezger, reformula en 1930 la teoría del tipo mostrando las relaciones existentes entre los elementos, es decir que la conducta debe acomodarse al delito tipo, pero además, debe ser antijurídica y culpable según esa tipicidad; entonces define el delito como "una acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable".

§ 41. ***Regreso al desconocimiento del principio de legalidad. El sistema penal fascista.*** – Partiendo de la concepción del Estado como resumen de toda la vida de la comunidad organizada, el fascismo generó un sistema penal defensista de los

bienes jurídicos que son propiedad del Estado, es decir, la moralidad pública, la familia, la integridad y la sanidad de la estirpe, etc., que fueron marcando el contenido del Código Penal de 1930, en el que se preveían la pena de muerte, indeterminación de las medidas de seguridad, se tenía en cuenta el *animus* colocándolo dentro de la culpabilidad; siempre con el objetivo de lograr la mayor tutela del Estado a través de la protección del partido oficial, aparecía la intimidación como prevención general predominante sobre la prevención especial.

De todas maneras consideraron la ley como la principal fuente del derecho penal, sin afectar el principio de legalidad.

§ 42. *Sistema penal nacional-socialista.* – El fenómeno en Alemania fue más grave para las garantías individuales que en el caso anterior, pues el Estado era concebido como la comunidad del pueblo del cual era su intérprete el "conductor". Sostuvieron sus doctrinarios que la regulación jurídica de la comunidad estaba presente en las costumbres ancestrales del pueblo y era objetivo de la ley expresar esa voluntad real y viva; como el "conductor" es el único intérprete de ésta, sus prescripciones están por encima de la Constitución y las leyes, pues responde a acciones históricas al servicio del futuro de su pueblo; por ello es que admitieron la costumbre y la analogía como fuentes, no existió la irretroactividad de la ley con rango constitucional, el "sano sentimiento del pueblo" fue límite (evidentemente vago y caprichoso) para definir el delito y, fundamentalmente, para otorgar contenido a la legítima defensa, a otras causas de justificación, al error *iuris*.

§ 43. *Sistema penal soviético.* – El fundamento del castigo penal fue, durante el primer período de la revolución, la defensa social, principalmente, la defensa del "estado de campesinos y obreros" a través de la aplicación de la pena a las personas socialmente peligrosas; el juez tenía absoluta libertad para considerar esa peligrosidad social teniendo como pauta única a la "conciencia socialista", lo que implicaba la desaparición de todo límite legal, admitiendo ampliamente a la analogía como fuente penal y por supuesto con gravísimas penas.

Los principales instrumentos legislativos del período fueron los "Principios rectores del derecho penal de la República

de los Soviets de Rusia" del año 1919; el Código Penal de 1922, los "Principios fundamentales de derecho y procedimiento penales" de 1924; el Código Penal de 1926 y varias leyes especiales.

Pero, a partir de 1958, cambia la política penal soviética que se plasma en el Código Penal de la República Rusa del año 1960, redactado según los principios generales enunciados dos años antes.

Partieron de la base de que la sociedad rusa ya se encontraba madura para pasar de la dictadura del proletariado, a la paulatina desaparición del Estado.

El contenido más importante de esta reforma fue que eliminaron los tribunales especiales, consagraron la irretroactividad de la ley y el principio de legalidad. Pero tales reformas estuvieron, en realidad, subordinadas a la jurisprudencia que ordenó el partido en base a conveniencias políticas; así fue como el mismo órgano que dictó el Código Penal derogó –para casos particulares– el principio de irretroactividad, aunque en general la tendencia de la reforma fue, también, la de atenuar las penas.

§ 44. *SUPERACIÓN DE LA LEY Y LAS CORRIENTES "POLÍTICAS" EN EL DERECHO PENAL.* – En la segunda mitad de este siglo, se ha desarrollado (aunque su origen sea anterior a la Segunda Guerra Mundial) una corriente de crítica a la sociedad (y también a la ciencia sociológica), realizada por la denominada "escuela de Frankfurt" de la cual surgió la "teoría crítica de la sociedad", la que –acusando las influencias del existencialismo y el marxismo– se plantea que la naturaleza del hombre viene determinada por la historia, tratando –por medio de esa crítica– de lograr una sociedad sin opresión. Claro está que las conclusiones a las que llega son mucho más extensas y complicadas, pero exceden el objetivo de la presente obra.

Yendo a los puntos que nos interesan, los sociólogos críticos consideran que existe una íntima relación entre ciencia y política, de tal manera que la sociología debe servir a los fines de la última, descubriendo la forma de alterar las leyes que rigen la sociedad de tal manera que provoquen un cambio suficiente para lograr la liberación del hombre.

La sociología crítica ha generado en el campo penal lo que se da en llamar la "criminología crítica" por medio de autores como Alessandro Baratta, entre otros, quienes han divulgado la esencial politización del derecho penal.

Aunque Roxin no puede ser comprendido en realidad en esta corriente, su obra no ha dejado de motivarla. Considera este autor involucrada la política criminal dentro de la estructura dogmática del derecho penal, diciendo que el tipo sólo satisface el principio "no hay delito sin ley", siendo un elemento accidental; considera la antijuridicidad como un extremo que resuelve conflictos sociales y la culpabilidad reducida a una cuestión de oportunidad política. Nos dice también que la justicia de una decisión judicial queda cumplimentada cuando la resolución coincide con la finalidad u objetivo político criminal receptado en el precepto que se aplica.

En general consideran los criminólogos críticos que el fenómeno social del delito se debe a una reacción del autor contra las determinaciones de la sociedad.

E) Las ideas penales argentinas

§ 45. *El siglo XIX.* – Si bien es cierto que no han existido ideas penales argentinas originales, no menos cierto es que las traídas de allende el océano tuvieron en nuestro medio una exposición propia. Fue así como en el siglo pasado se formó una corriente que podríamos denominar "iusnaturalista", de la que participaron Tejedor, Obarrio, Segovia, entre otros. El primero de ellos sostenía como fundamentos de la pena la inmoralidad del delito y la utilidad de aquélla para el mantenimiento del orden social: no basta la inmoralidad del hecho para castigarlo si es que ese castigo no es necesario para preservar el orden.

§ 46. *El positivismo.* – Aparece esta tendencia, en nuestros ámbitos jurídicos, en las postrimerías del siglo XIX y se mantiene casi hasta el año 1940. Si bien esta posición no tuvo gran consagración legislativa, su reinado fue extenso y profundo, fundamentalmente por la obra doctrinaria de Ramos y Gómez, y últimamente de Laplaza.

El primero destaca con orgullo la clara comprensión de los principios positivistas y su adscripción al "método de la observación y la experimentación". En las primeras ediciones de su *Curso* apuntala el determinismo y la responsabilidad social (por vivir en sociedad), se explaya sobre el delito natural, la noción de hombre delincuente, el defensismo social, y caracteriza la etapa de la sanción como profilaxis del delito. Aproximadamente lo mismo hace Gómez.

Los dos admiten las críticas permitiendo una evolución de la idea positivista, considerando desaparecida la pretensión de eliminar al derecho penal o de considerarlo como simple rama o capítulo de una gran sociología criminal, inclusive no comulgaron en forma absoluta con las expresiones italianas del positivismo sobre el fundamento de la responsabilidad penal.

Lo cierto es que el positivismo dejó en nuestra legislación algunas de sus ideas que se expresan a través de la consideración del autor "concretamente real", la estimativa de sus motivaciones, la peligrosidad como medida individualizadora de la pena y la habitualidad en el art. 52 del Código Penal, que hoy se ha reformado para convertirla en multirreincidencia.

§ 47. *La dogmática.* – Como reacción al positivismo, y tomando los antecedentes alemanes, se origina la expresión argentina de la dogmática por la obra de Sebastián Soler.

Soler, un liberal individualista, muy cercano a las ideas del siglo XVIII y atento a la evolución de las democracias occidentales, tuvo que advertir, inmediatamente, hasta qué punto el positivismo podía convertirse en un abortivo del individualismo y de los derechos subjetivos que de él se derivaban; de ahí que sus primeros proyectiles los disparase contra un proyecto positivista (el de la ley de estado peligroso), que insistentemente se planteaba como necesidad ineludible de la defensa social contra el delito y que era el tema en que la teoría resultaba más proclive a despreciar las garantías individuales.

Su obra *Derecho penal argentino* marcó la posterior evolución, manteniendo su vigencia inclusive hasta nuestros días. En esta obra no sólo realiza una explicación rigurosamente dogmática de la ley vigente, sino que en ella, por primera vez un autor argentino acude al empleo de la teoría estructural del

delito, en la cual concibe a la acción como elemento causal marginado de toda valoración; a la antijuridicidad como elemento absolutamente objetivo y de valoración legal (jamás admitió la llamada justificación supralegal, aunque llegó a considerar la repercusión asumida en aquélla por los elementos subjetivos del tipo); a la culpabilidad como nexo subjetivo del autor con su hecho, configurado en el conocimiento de lo que realiza y la comprensión de la criminalidad (inmoralidad) de esa acción (Núñez). La tarea dogmática de Soler, intensificada por Núñez, compartida por Fontán Balestra y otros muchos sigue pesando sobre la práctica de nuestro derecho penal.

§ 48. *Normativismo culturalista.* – Casi al mismo tiempo que se producía esta contrarreforma dogmática, algunos de los que participaban en ella propugnaban un disenso teórico que se manifestó en el llamado normativismo, y uno doctrinario que se dio en llamar culturalismo. El primero abandonaba la concepción de la culpabilidad como puro nexo psíquico entre el autor y su acción para considerarla como reprochabilidad, o sea, nexo jurídicamente valorado; hasta allí, si bien las consecuencias dogmáticas en la teoría jurídica del delito podían ser más o menos profundas, no llegaban a mostrarse como una distinta doctrina. Pero ocurrió que, a la vez, aquella opinión teórica venía connotada con un particular culturalismo, que podía plantearse como doctrina, ya que procuraba apartarse de la jurisprudencia de conceptos que vertebraba el positivismo jurídico, para trabajar –dentro de límites un tanto flexibles– con una jurisprudencia de intereses en la que predominaba un acentuado carácter finalista o teleológico.

Origina esta tendencia la labor de Jiménez de Asúa y que, posteriormente, Frías Caballero continúa, siendo su consideración más importante la de haber admitido (como derecho positivo vigente) no sólo las normas legales sino también las supralegales.

§ 49. *La egología.* – Casi al mismo tiempo que la escuela técnico-jurídica o dogmática hacía frente al positivismo, se gestaba en el inquieto período de los años treinta un movimiento científico de raigambre filosófica, iniciado en las meditaciones

de Carlos Cossio sobre ciertas lagunas de la ley que, apoyándose en la obra purificadora de Kelsen, terminó, al tratar de superarla, apartándose abruptamente de sus principios.

La versión penal de la doctrina egológica comenzó por las investigaciones en torno al contenido y metodología de la ciencia penal, partiendo de la superación de las dos posiciones epistemológicas que en aquel entonces pugnaban: de la dogmática, en cuanto saltaba de la pura lógica que le hacía imposible a esa tendencia captar el derecho en su curso vivencial; y del positivismo, que si bien tuvo la virtud de haber encarado la ciencia del derecho como ciencia de experiencia empleando el método de la observación, no alcanzó a captar la diferencia entre la experiencia natural (neutra de valor) y la experiencia jurídica (de índole valorativa). A la vez, recortaba limpiamente los límites que la escuela del derecho libre había dejado indefinidos al propugnar un voluntarismo informe en el que la ley no pasaba de ser una referencia orientadora, pero desechable cuando el juez no pudiera compatibilizarla con su sentimiento del derecho, ya que la egología asigna a la ley la tarea de definirle al juez "una valoración jurídica, y aunque el magistrado tiene un cierto margen para cuantificar esa valoración ... no puede salirse de su marco", por lo cual el voluntarismo valorativo egológico "está siempre encauzado, estructurado, por la ley".

La egología propuso, como necesidad, el examen del delito como estructura, "como conjunto de elementos solidarios entre sí", "organismo cuyos componentes no son meros fragmentos independientes y arbitrariamente desintegrables sino que son interdependientes entre sí y con respecto al todo"; asimismo, el delito como estructura es –en cuanto objeto cultural egológico– conducta viviente.

No es historia que se juzga, sino historia que se vive; de acuerdo con ello, su todo jurídico está integrado: por la conducta del legislador que diagramó la norma prohibitiva, por la conducta del autor (delincuente) que condiciona la aplicación de la norma por parte del juez y por la conducta de este último que, insertando en esa realidad "su sentido mediante una vivencia psicológica propia", impone la pena. El egologismo penal argentino representó, pues, la crítica más virulenta a la teoría analítica del delito.

§ 50. *NOTICIA SOBRE EL FINALISMO ARGENTINO.* – En la década del cincuenta comienza en el país el estudio sobre el finalismo, especialmente a partir de la obra de Welzel.

Además de una cantidad de artículos y monografías sobre los más variados temas, el finalismo argentino produjo dos obras de exposición general, cuando comenzó a asentarse como corriente de la ciencia penal argentina: los *Lineamientos de la teoría del delito* de Bacigalupo y la *Teoría del delito* de Zaffaroni.

Como esta tendencia va a ser tratada a lo largo del texto que sigue, parece inútil abundar en consideraciones sobre ella en este lugar.

§ 50-1. *CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y ABOLICIONISMO.* – Cuando hace unos años relatábamos la historia de las ideas penales argentinas del siglo XX, señalábamos que los trabajos de criminología crítica estaban ganando la atención del penalismo argentino en su puja por superar tanto a la criminología tradicional cuanto por convertir la dogmática en una dogmática política. La amplia resonancia que ha tenido esta corriente en revistas especializadas ha convertido en bastante común el uso de su terminología y el debate sobre los temas que propone; si a ello sumamos una actividad proselitista intensa especialmente en algunas casas de estudio, nos explicamos por qué se encuentra en el primer plano de curiosidad. Últimamente, también han adquirido resonancia, entre nosotros, los planteos abolicionistas, procedentes de Europa central, Escandinavia y Estados Unidos, sobre todo, llevado de la mano por la crítica del sistema que ya había formulado la criminología crítica.

Tanto la criminología crítica cuanto el abolicionismo, se encuadran en un movimiento general de penalismo crítico cuya base es la llamada *deslegitimación* del sistema penal. No es uniforme el criterio de intelección de éste ya que en distintos autores aparece como una necesidad reduccionista, en otros fundado sobre la incongruencia del discurso penal ante la imposibilidad de conseguir las finalidades que el mismo proclama, en unos terceros como ausencia de toda justificación ética, etcétera. En sus grandes líneas todo el movimiento contestatario se origina en el cambio de ángulo propuesto por la nueva criminología para estudiar las conductas desviadas en la sociedad, que en este momento son miradas como productos del control social, abandonando la preeminencia del estudio etiológico del delito.

F) LEGISLACIÓN PENAL ARGENTINA

§ 51. *NOTICIA SOBRE EL PROCESO LEGISLATIVO ARGENTINO DESDE LA CODIFICACIÓN DEL SIGLO XIX HASTA NUESTROS DÍAS.* – Hasta la segunda mitad del siglo XIX, salvo algunas leyes especiales, los tribunales argentinos siguieron aplicando la legislación española. En la década del sesenta Carlos Tejedor redacta un proyecto de Código Penal que si bien no fue sancionado como ley de la Nación tuvo vigencia en varias provincias, que acudieron a él para suplantar la ausencia de legislación de aquella procedencia.

En 1881, cumpliendo lo dispuesto por la ley 250, Villegas, Ugarriza y García presentan un proyecto que sólo fue puesto en vigencia como ley por la provincia de Córdoba (1882). Recién en 1886, sobre la base del proyecto Tejedor, el Congreso de la Nación sanciona un Código Penal que entró a regir al año siguiente, aunque admitiéndose que se trataba de una solución temporal para poner coto al desorden legislativo, por lo que el proceso reformador continuó a partir de 1890 con la comisión integrada por Piñero, Matienzo y Rivarola, que produjo el proyecto de 1891. Sin aceptárselo totalmente se utilizaron algunos de sus materiales para introducir reformas al Código de 1886. Las profundas críticas que recibió esa reforma (como la señera que llevó a cabo el senador Herrera) motivaron la designación de una nueva comisión (Beazley, Moyano Gacitúa, Rivarola, Ramos Mejía y Saavedra) que entregó un proyecto en 1906, sobre cuyo texto Rodolfo Moreno confeccionó el de 1917 que fue sancionado como ley (11.719) en 1921, la que, aunque con numerosas reformas, nos rige desde 1922.

En realidad, salvo la aparición de un gran número de leyes penales especiales y a los numerosos proyectos de reformas totales o parciales que se fueron sucediendo (1924, 1926, 1928, 1930, 1937, 1941) –la mayoría de ellos de corte positivista–, la primera gran reforma la sufrió el Código en 1968 (ley 17.567), fundamentalmente inspirada en el proyecto redactado por Soler en 1960. Pero en 1973 la ley 20.509 derogó casi la totalidad del nuevo texto para volver a las fórmulas de 1921, aunque de inmediato se comenzaron a suceder importantes reformas parciales (como la de la ley 20.642). En esa época se redactó

un proyecto (1975) que no trascendió legislativamente, como tampoco otro proyecto redactado en 1979.

Al producirse el derrocamiento del gobierno constitucional en 1976, la ley 21.338 volvió a poner en vigencia gran parte del texto de la ley 17.567, aunque con algunos nuevos tipos. Reinstalado el Congreso de la Nación se sancionó en primer lugar la ley 23.057 que insertó reformas de gran importancia, después la ley 23.077 prácticamente tornó a la mayoría de los textos de 1921; a continuación las leyes 23.097 y 23.468 introdujeron otras modificaciones (la primera de ellas de magnitud), fuera de que algunas leyes especiales (como la ley 23.184) consagraron agravantes para delitos ya previstos.

CAPÍTULO III

TEORÍA DE LA LEY PENAL

I. INTRODUCCIÓN. FUENTES DEL DERECHO PENAL

A) FUENTES DE PRODUCCIÓN Y FUENTES DE CONOCIMIENTO

§ 52. *FUENTES DE PRODUCCIÓN. EL DERECHO PENAL Y EL SISTEMA JURÍDICO-POLÍTICO ARGENTINO.* – Considérase fuente de producción a la "autoridad que declara el derecho", es decir la que tiene, en el sistema jurídico-político de que se trate, el "poder de dictar normas jurídicas".

En el derecho moderno sólo el Estado es fuente de producción del derecho penal, quedando excluidos de esa función potestativa otros "sujetos" –personas individuales, corporaciones o instituciones de índole no pública– que en distintos momentos de la evolución del derecho tuvieron poder para dictar normas penales; si bien esos otros sujetos, en algunos aspectos de las relaciones jurídicas conservan una cuota de poder para dictar disposiciones obligatorias para determinados círculos de personas, tal función ha desaparecido para ellas con referencia al derecho penal.

En nuestro sistema jurídico-político la facultad de dictar disposiciones penales reside en distintos organismos. En el Estado nacional (Congreso de la Nación), se asienta la de emitir normas de derecho penal común y las que pueden considerarse de derecho penal especial en razón de la actividad con que se relaciona el delito (art. 67, inc. 11 y concs., Const. Nacional). Los Estados provinciales siguen conservando el poder para dictar normas penales contravencionales (art. 104, Const. Nacional), aunque ya hemos visto cómo se discute si se

trata de materia reservada o delegada a la Nación, que al no haber sido regulada por ésta, puede ser válidamente legislada por las provincias. También se reconocen facultades punitivas a los organismos municipales como una consecuencia de la que poseen de dictar normas que imponen o prohíben conductas en orden a la regulación de las actividades atinentes al municipio; aquélla ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema y consagrada expresamente en algunas constituciones locales; sin embargo, su límite se encuentra en lo que puede ser contenido de ordenanzas municipales y de ningún modo puede extenderse a todo el derecho penal contravencional al que nos hemos referido precedentemente. Se reconoce también carácter de derecho penal a los bandos militares en época de guerra.

§ 53. *Las fuentes de producción y la norma general supletoria del artículo 4º del Código Penal.* – Si bien en principio el art. 4º, C.P., procura atender a la unidad sistemática de las distintas leyes penales que pueden provenir del Congreso de la Nación, su vigencia ha dado lugar a debate sobre su aplicación a la legislación penal provincial.

Según dicho artículo, "las disposiciones generales del presente Código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario". Conforme con ello, salvo disposición en contrario de la ley penal especial, las reglas contenidas en la parte general del Código Penal rigen también en lo pertinente la materia de aquéllas (validez de la ley en el espacio y el tiempo, participación, tentativa, etcétera).

Las dificultades se presentan en la doctrina, como adelantamos, con relación a la ley penal provincial (derecho contravencional previsto en leyes de ese origen, delitos de imprenta). Si dichas leyes se refieren taxativamente a esas normas del Código Penal, sea disponiendo su aplicación, sea suplantándolas por otras, no habrá duda alguna: privará la ley penal provincial en cuanto no vulnere los límites constitucionales del *ius puniendi*, en caso de que haya creado nuevas normas generales.

Las dudas se presentan cuando la ley provincial guarda silencio. Respondiendo en cierta medida a la tesis general de

que la legislación penal provincial, al determinar infracciones punibles contravencionales no lo hace a partir de una distinta naturaleza de éstas respecto de los delitos y, afirmando que en virtud del art. 31, C.N., tiene que existir en nuestro derecho –cualquiera que sea su procedencia– un "sistema ordenado de legislación penal", se ha sostenido (Soler, Jiménez de Asúa) que las disposiciones de la Parte General del Código Penal deben aplicarse a la ley penal provincial en cuanto ésta no las haya sustituido expresa o implícitamente por otras. Los que afirman la distinta naturaleza de las contravenciones, en cuanto se trate de las reservadas a la legislación provincial, no opinan de igual modo: el silencio de la ley provincial no importa la aplicación obligatoria de las disposiciones generales del Código Penal; el intérprete deberá deducir esas normas del propio sistema legal provincial, sin perjuicio de una eventual aplicación de aquéllas *in bonam partem*.

§ 54. *Fuentes de conocimiento.* – Tal denominación se reserva para designar la forma o modo como se manifiesta (se da a conocer) la voluntad de la autoridad que posee la facultad de dictar la norma jurídica. En otras palabras: fuente de conocimiento es el instrumento por medio del cual esa autoridad traduce su voluntad.

Al menos con referencia al derecho penal, dentro de las fuentes de conocimiento se distinguen las *inmediatas* o *primarias*, que son las que tienen vigencia obligatoria por sí mismas, de las *mediatas* o *secundarias*, que son aquellas cuya vigencia obligatoria proviene de su inserción en una fuente de la anterior categoría (por medio de una referencia explícita o implícita a ella de esta última).

Veremos a continuación que en el derecho penal de nuestro sistema jurídico la única fuente inmediata de conocimiento es la ley penal.

B) Principios de legalidad y reserva

§ 55. *Formulación constitucional.* – La restricción de las fuentes de conocimiento a la ley penal está expresamente manifestada en nuestro derecho constitucional. El art. 18, C.N., al

disponer que "ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso", consagra el principio de legalidad y el art. 19, C.N., cuando regla que "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe", consagra el principio de reserva.

§ 56. ***Principio de legalidad.*** – Recordemos que, básicamente, este principio forma la estructura angular sobre la cual se asienta el derecho penal que hoy nos rige, y que podemos encuadrar políticamente dentro del "derecho penal liberal".

Feuerbach lo concibió como indispensable para su teoría de la coacción psicológica, Beccaria lo hizo derivar como exigencia del contrato social, pero no pasó mucho tiempo sin que se independizara de toda atadura a determinadas teorizaciones para constituirse en el fundamento formal limitador del *ius puniendi*, consagratorio del sistema de legalidad (opuesto al de oportunidad), en cuanto requiere que el razonamiento jurisdiccional para estimar si alguien puede ser castigado tenga, indispensablemente, que "comenzar por la ley" (Bacigalupo) y sin poder, en su desarrollo, ser sacado de ella.

Aparentemente las expresiones del art. 18, C.N., delinearían un contenido procesal; es decir, esa disposición estaría destinada para unos a consagrar el *principio de legalidad procesal* (lo cual no es del todo exacto, pues este principio tiene un contenido muy diferente), o para otros el principio de *judicialidad* de la aplicación de la pena, que, al fin, no resultaría más que una ratificación de nuestro sistema republicano de gobierno (art. 1º y concs., C.N.) (otra significación puede verse en Zaffaroni). Sin embargo, la circunstancia de que el "juicio previo" no pueda existir legalmente sin estar fundado "en ley anterior al hecho del proceso", importa una clarísima consagración constitucional del principio de legalidad que estudiamos. Por otro lado, si alguna duda existiese –que en verdad no se ha dado en la doctrina argentina–, ella quedaría superada, al menos en la esfera de la ley penal, por el art. 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, erigida en el derecho nacional en virtud de la ley respectiva.

Doctrinariamente el principio de legalidad señala que sólo puede recibir pena el sujeto que haya realizado una conducta ilícita específicamente descripta como merecedora de dicha

particular especie de sanción, por medio de una ley que esté vigente en el momento de su realización; sólo es delito, por consiguiente, la conducta que como tal ha sido prevista por la ley penal al asignarle una pena. Modernamente, en virtud de las construcciones que ponen el acento en el *tipo*, el principio de legalidad puede expresarse doctrinariamente afirmando que "no hay delito" –ni por consiguiente pena– "sin tipo penal legal", aunque se lo suele mencionar haciendo referencia a su consecuencia (*nulla poena sine lege praevia*).

Funcionalmente el principio de legalidad así formulado, al requerir la existencia de una ley anterior al hecho que se juzga, como determinante de una particular consecuencia penal (la pena) para una conducta que es ilícita por haber violado los mandatos del ordenamiento jurídico, quita la potestad penal represiva (designación de los contenidos habilitantes del *ius puniendi*) del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, para dejarla exclusivamente en manos del Poder Legislativo. Restringe, pues, las fuentes de conocimiento del derecho penal a la ley. Lo cual importa una *garantía* para el individuo, ya que le asegura que la actividad represiva de "aplicación" (Poder Judicial) y "ejecución" (Poder Ejecutivo) no va a recaer sobre las conductas suyas que no estén catalogadas como delitos por la ley.

Puesto que ese principio –de superior orden constitucional– se extiende a todas las manifestaciones del derecho penal a que antes nos hemos referido, en todas ellas debe ser observado para que las reglas no sean inconstitucionales.

> Ello importa que la expresión "ley" tenga aquí que ser tomada en el amplio sentido de *ley material* (Zaffaroni), pero tal significación sólo es admisible en situaciones particulares, como serían las regulaciones contravencionales municipales (ordenanzas) o los bandos militares. En las demás, sólo la ley en sentido *formal* puede operar como fuente de conocimiento, aunque ya veremos algunas hipótesis muy particulares que se presentan en nuestro derecho.

§ 57. ***Principio de reserva.*** – Atendiendo a la fórmula constitucional antes transcripta, pareciera que el principio de reserva fuera el que determina que no hay punibilidad para las conductas, que en el momento de su realización no están ya descriptas por ley como merecedoras de pena. Pero así reducido al dere-

cho penal, importaría una exposición simplista; no sería más que una reformulación del principio de legalidad. Ambos principios no serían más que formas distintas de referirse a la misma cosa, en todo caso desde ángulos diferentes: el principio de legalidad estaría dirigido a los organismos de la "persecución" y el de reserva, a los individuos; el primero para limitar y el segundo para garantizar la impunidad de las conductas no descriptas como delitos; entonces, el principio de reserva sería algo formalmente inútil. Tal interpretación errónea (de la que alguna vez participamos) tiene que ser superada.

El principio de reserva en cuanto garantía individual está antes del derecho penal: se refiere a la facultad de actuar del hombre dentro de lo permitido (lo no prohibido por el ordenamiento jurídico), sin que su conducta pueda acarrearle sanción de cualquier índole que sea. Pero, además, es una garantía del individuo, no directamente ante los organismos de "persecución", sino ante el mismo órgano de legislación penal: éste no puede asignar una pena a una conducta que esté permitida por el ordenamiento jurídico; por lo menos, previamente, actuando como órgano de legislación general, tiene que "prohibirla", pero, al hacerlo, tampoco puede traspasar ciertos límites, lo cual significaría una interferencia indebida en esferas de libertad inmarcesibles de la persona. Como veremos, esto adquiere una singular importancia en la determinación de lo que es *delito*.

Fuera de la singular vigencia interpretativa del principio de reserva en la determinación de lo delictivo, su efectividad en el ordenamiento del sistema penal como limitación del *ius puniendi* entronca con lo que hoy se suele designar "racionalidad" del derecho: no se puede castigar con la pena una conducta regulada como permitida por el ordenamiento jurídico (salvo si se da la circunstancia derogatoria de la ley permisiva); por ejemplo, la "misma" ley no podría regular la ablación de órganos para trasplantes y a la vez (por defectos de técnica) penar esa ablación; dicha ley –sin necesidad de recurrir a construcciones lógicas de interpretaciones derogatorias pretorianas– sería inconstitucional, en lo que versa sobre la punición, por violar el principio de reserva; se advierte inmediatamente hasta qué punto el principio cohesiona ordenadamente el sistema penal mismo en sus relaciones con el ordenamiento jurídico general: una contravención de

procedencia legislativa distinta no puede castigar la actividad que regula permisivamente una ley formal vigente, etcétera.

Sin embargo, dos observaciones tenemos que hacer a este respecto. La consagración, como principio general en nuestra legislación, de la llamada "teoría del riesgo", parece mostrarse como una especie de excepción al principio de reserva (se responde dentro de una actividad permitida), pero ello sólo es aparente, ya que no se trata de establecer una "sanción por una conducta", sino de una asunción de "cargas" en razón de la actividad encarada, indebidamente incluida por el legislador civil en el capítulo de los hechos ilícitos.

En segundo lugar, dentro del art. 19 citado encontramos más bien dos principios: el de reserva propiamente dicho (que asegura la no persecución de las acciones que se realizan dentro del margen de permisividad de la ley) y el que podemos llamar de inmarcesibilidad de la esfera de libertad personal (que asegura una zona de libertad que no puede ser reducida por la ley: "Las acciones privadas de los hombres"). Ambos terminan siendo garantías frente al legislador: el primero frente al legislador penal, pero el segundo lo es frente al legislador en cualquier materia que legisle; el uno limita la potestad de punir, el otro la de prohibir: el legislador, como lo hemos adelantado, no puede prohibir las acciones comprendidas en el ámbito de libertad que la Constitución deja al individuo. Sin duda que este último entronca directamente con la ideología política que inspira la Constitución y la extensión que le demos participa de debates de esa naturaleza (ultimando sobre el tema, con completa exposición, José S. Caballero, *Acciones privadas de los hombres y autoridad de los magistrados*).

§ 58. ***Consecuencias de los principios de legalidad y reserva.*** – El principio de legalidad directamente, e indirectamente el de reserva, dotan de específicas características a la ley penal, las que deben observarse en su formulación si no se los quiere desconocer. La expresión doctrinaria de dichas exigencias suministran la formulación moderna del primero de esos principios: la ley tiene que ser *escrita* (*nulla poena sine lege scripta*), ya que es la única manera que permite conocer con certidumbre lo prohibido y lo permitido; *previa* al hecho que se juzga (*nulla poena sine lege praevia*), es decir, encontrarse vigente –según las formas del sistema legal– cuando el sujeto realizó la conducta; *estricta* (*nulla poena sine lege stricta*), lo cual requie-

re que tanto la descripción de la conducta como la pena asignada a ella se encuentren expuestas en la ley sin ambigüedades que entorpezcan su conocimiento por parte de los destinatarios de ella (tanto individuos como órganos de aplicación).

La exigencia de que la ley penal sea estricta en cuanto a la descripción del hecho, excluye de nuestro derecho penal los tipos penales que no están debidamente circunscriptos en la descripción que traen de la conducta merecedora de pena y que, por tanto, libran a la mera interpretación lo que es merecedor de pena (como sería un tipo simplemente ejemplificativo –Núñez–); o que no se refieran a hechos (conductas), sino a "personalidades de autor"; que dejen de lado la determinación de la especie y medida de la pena o la libren a la determinación de cualquier otro poder que no sea el Legislativo. Veremos, sin embargo, al exponer la estructura de la ley penal, algunos casos particulares, como el de la ley penal en blanco.

En cuanto a la actividad de los organismos jurisdiccionales, los principios fijan un límite insuperable a la tarea interpretativa, que no puede adquirir características de creatividad, prohibiendo la consagración de delitos por analogía, como más adelante explicaremos.

Algunos agregan a estos requisitos, como una consecuencia del principio de legalidad, la exigencia de que la ley sea *general*, o sea aplicable a todos aquellos que se encuentran bajo los límites formales de la potestad punitiva del Estado, cuando se den las mismas circunstancias y condiciones; sin embargo, trátase de una consecuencia que procede del principio de igualdad (art. 16, Const. Nacional).

> De conformidad con lo que se acaba de exponer, el principio de legalidad entraña un límite para el Poder Judicial y una exigencia para el Poder Legislativo; éste obrará anticonstitucionalmente cuando formule tipos que "no contengan todos los presupuestos que condicionan la pena y determinan la especie de pena" (Bacigalupo). Pero, no obstante, esa estrictez del tipo no es absoluta; en tanto permita él delimitar fehacientemente la conducta merecedora de pena, es admisible que alguno de sus elementos no estén expresados taxativamente, sino contenidos implícitamente –de modo tal que puedan ser determinados por una interpretación que no supere los límites de tal–, o que otros queden librados a una actividad valorativa del magistrado (elementos

normativos, deber de cuidado). Hasta se ha llegado a admitir en la doctrina moderna "cierto grado de generalización" en la expresión legislativa, siempre que no convierta el tipo en "cláusula general" (Bacigalupo), aunque no parece que esa flexibilización generalizante pueda traspasar los hitos precedentemente indicados.

§ 59. *FUNCIÓN LIMITATIVA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN CUANTO A LAS FUENTES DE CONOCIMIENTO.* – El principio de legalidad importa que las fuentes inmediatas de conocimiento del derecho penal queden reducidas a la ley. Para considerar punible una conducta dada el juez no puede acudir ni a la doctrina, ni a los principios generales del derecho, ni a la costumbre, ni a la jurisprudencia, otorgándoles aquel carácter, aunque, como veremos a continuación, algunas de ellas pueden funcionar como fuentes mediatas o secundarias.

§ 60. *LA COSTUMBRE COMO FUENTE MEDIATA DE DERECHO PENAL.* El principio de legalidad excluye la costumbre como fuente inmediata de derecho penal al requerir la ley previa "escrita"; pero ello no es óbice para que la costumbre integrativa opere como fuente mediata o secundaria cuando está recepcionada por alguna rama del derecho para determinar la conducta prohibida, que será penalizada por aquél, lo cual puede ser común cuando el tipo penal contenga elementos normativos de índole jurídica. Por ejemplo, cuando el juez penal tenga que recurrir al derecho comercial para decidir sobre la existencia de algún elemento del tipo: la costumbre comercial para fijar los plazos de consignación de mercadería en la ausencia de convenio expreso, en un caso de defraudación del art. 173, inc. 2º, C.P., funcionará como fuente mediata a través de la ley.

Señálase una tendencia de la doctrina moderna a reducir la prohibición de la costumbre como fuente inmediata a los tipos de la Parte Especial, admitiéndola cuando se intentan fijar reglas que son propias de la Parte General. En realidad, si pensamos en la injerencia que tienen esas reglas en la punibilidad que después se concreta en los tipos de la Parte Especial, se nos ocurre que se trata de una conclusión contraria al principio de legalidad. Habremos de explicar, sin embargo, más adelante, cómo se presenta la cuestión en materia de interpretación *in bonam partem*.

§ 61. *JURISPRUDENCIA. ACUERDOS PLENARIOS EN EL DERECHO ARGENTINO. LA CASACIÓN.* – La jurisprudencia puede adquirir un peso singular en la tarea interpretativa, pero no puede invocársela como fuente del derecho penal, puesto que ello implicaría convertir en "ley" los pronunciamientos judiciales que, en nuestro sistema, sólo tienen vigencia obligatoria para el caso concreto que cada uno de ellos juzga.

El hecho de que la jurisprudencia especifique el contenido de algunas expresiones legales (p.ej., "imprudencia", "negligencia", "violación", "escalamiento", "obscenidad"), o consagre otros para designar institutos implícitamente contenidos en la ley ("delito continuado", "posición de garante", etc. –ver Bustos Ramírez–), no importa más que un efecto de la labor interpretativa, pero de ningún modo significa convertirla en fuente del derecho penal.

En algunos derechos –como el español en la actualidad– se otorga a ciertos tribunales el poder de derogar en general delitos y penas mediante la declaración de inconstitucionalidad de normas penales –lo cual no ocurre entre nosotros, donde la declaración de inconstitucionalidad sólo tiene efectos sobre el caso concreto–, pero de ningún modo para la "creación" de normas.

Sin embargo, en nuestro panorama jurídico, se nos plantea la compleja cuestión de los *acuerdos plenarios*. Algunas leyes nacionales (p.ej., 11.924, 12.327) y constituciones provinciales, mediante el instituto de la *casación*, o los códigos de procedimiento, previendo actividad recursiva (p.ej., el llamado *recurso de inaplicabilidad de la ley o doctrina legal*), prevén procedimientos dirigidos a uniformar la jurisprudencia contradictoria suscitada sobre un punto de derecho, entre "secciones" o partes de un mismo tribunal (p.ej., salas integrantes de una misma Cámara de Apelaciones), por medio de un pronunciamiento (del mismo tribunal integrado por todos sus miembros –de ahí la denominación de "acuerdos plenarios"– o por los miembros de otros tribunales similares –p.ej., todos los componentes de las Cámaras de Apelaciones de una misma provincia–, o de un tribunal superior –Corte Suprema, Superior Tribunal–), que determina *una* interpretación (doctrina legal) que se torna de aplicación obligatoria (por lo menos para los jueces del tribunal en que se suscitó la cuestión), por un tiempo dado, a partir del cual puede ser revista. Sin duda que, por esa vía, la inter-

pretación judicial puede llegar a sellar la punibilidad con referencia a un determinado tipo legal (p.ej., por más que el juez considere que no constituye fractura calificante del robo el rompimiento del vidrio de una ventana, si el pronunciamiento plenario lo ha considerado de modo contrario, aquél deberá condenar por robo calificado cuando juzgue un hecho de tales características). Esa consecuencia ha llevado a un gran número de tratadistas a considerar que tales remedios procesales constituyen una vulneración del principio de legalidad, ya que importan la creación de una norma genérica (aplicable a casos que no han sido juzgados en el proceso), que no observa los requisitos formales de la sanción de las leyes. De ahí que se haya propuesto, reiteradamente, la inconstitucionalidad, al menos de los *acuerdos plenarios*, aunque hasta ahora esa opinión no se ha impuesto en los tribunales argentinos, que han considerado que esas regulaciones procesales no extienden el pronunciamiento más allá del límite de la mera interpretación de la ley (sobre el tema y esta opinión, ver Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*).

§ 62. ***FUNCIÓN LIMITATIVA DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE RESERVA EN CUANTO A LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE APLICACIÓN "INTERPRETATIVA" DE LA LEY. PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA.*** – Recordemos con Manzini que la analogía es el procedimiento que consiste en "asignar regulación jurídica a un caso no regulado ni explícita ni implícitamente por la ley, confrontándolo con otro similar, objeto de una norma de la ley, fundándose sobre el elemento de semejanza que sirvió de base al legislador para establecer la norma misma". Sin embargo, esta descripción no es completa, puesto que se considera que también se da analogía cuando el juez crea la norma para el caso no regulado extrayéndola de los principios generales que se deducen del derecho positivo que se aplica.

En tal sentido se ha distinguido la analogía *legis* de la analogía *iuris*. En la primera, al caso no contemplado en la ley se le aplica la que regula un caso similar; no se trata de que aquél quede implícitamente comprendido en la ley (que le corresponda la misma *ratio legis* de punición que al legislado), sino que el juez llegue a determinar que el no previsto es tan merecedor de

pena como el previsto; en otras palabras, la aplicación analógica de esta especie procede del convencimiento del juez de que si el legislador hubiese previsto el caso le hubiese aplicado la misma pena que al que previó expresamente. En la segunda, como lo hemos señalado, el caso no contemplado es regulado por el propio juez con una norma que él crea, partiendo de los principios generales (político-defensivos, en el caso del derecho penal) que inspiran la legislación vigente en el momento del fallo. Puede decirse, en general, que en el primer supuesto crea una norma "copiando" otra y en el segundo "crea" realmente una norma, que está totalmente ausente de la legislación como expresión determinadamente especificatoria de punición.

Resumiendo los presupuestos que nos permiten afirmar que en una hipótesis dada se aplica analógicamente el derecho, tenemos los siguientes: que el caso no esté contemplado en la ley; que él, por sus características, posibilite la aplicación de una regulación existente o la determinación de la punición por el juez, lo primero por su similitud con un caso especialmente regulado, lo segundo porque el caso no regulado puede considerarse merecedor de sanción dentro de las direcciones finalistas (teleología) que orientan los principios generales en que se apoya el derecho vigente.

Como sabemos, la analogía es fuente de derecho en nuestro derecho civil, que comprende ambas especies de ella en el art. 16, C.C., pero en el derecho penal su prohibición es consecuencia ineludible del principio de legalidad. Es justamente este principio el que convierte al derecho penal en un *sistema discontinuo de ilicitudes* (que mejor será denominar *sistema discontinuo de penalidades*), ya que lo que no tiene cabida en las previsiones de la ley, no puede ser perseguido como conducta punible.

§ 63. *Límite entre analogía e interpretación.* – Como surge de lo expuesto, la fijación de un límite entre la aplicación analógica de la ley –prohibida en el derecho penal– y la interpretación de la ley –imprescindible para la aplicación del derecho penal–, es fundamental. Dicho límite puede presentar contornos no muy nítidos con respecto a la llamada por algu-

nos *interpretación extensiva*, que hace penetrar en la regulación casos sólo implícitamente contemplados por ella. Puede decirse que mientras ésta funciona dentro de la ley, la analogía es un procedimiento de declaración del derecho que funciona fuera de la ley, ya que se refiere a casos que ni siquiera implícitamente están contemplados en ella. Por lo tanto –insistiendo sobre un concepto ya expuesto–, en la interpretación (aunque sea "extensiva") se aplica la ley; en la analogía, se crea la ley.

La prohibición de la analogía parece pasar hoy por un cierto grado de crisis. Ésta no recae sobre el principio en sí, sino sobre la determinación del límite de la interpretación. Dejando de lado la analogía *in bonam partem* –sobre la cual nos extenderemos más adelante–, se indica que los caminos abiertos por la interpretación teleológica de la ley permiten una incidencia indirecta, en los fundamentos de la punibilidad, de ciertos procedimientos analógicos (Mezger), por lo cual se llega a distinguir la integración analógica de la interpretación analógica, permitida ésta, prohibida aquélla, aunque no faltan los que consideran la integración analógica como un medio de interpretación. Algunas expresiones de la doctrina, como las de Stratenwerth, de que "el texto legal constituye un punto de partida pero no una medida fija", pueden desembocar en una desconsideración de la prohibición de la analogía, y con ello, en la quiebra del principio de legalidad, lo cual se acentúa con el escepticismo de quienes consideran que aquella prohibición puede ser impotente para restringir la discrecionalidad judicial, ya que el límite entre la interpretación y la analogía siempre dependería de la opinión del intérprete.

Lo que hay que dejar a salvo –y en ello está conteste la generalidad de la doctrina–, es el empleo de la analogía como instrumento de la lógica jurídica, como argumento que se emplea para interpretar una norma por los significados que se han dado a otras, puesto que entonces pasa a ser base del procedimiento sistemático. En ese orden, "la analogía es un procedimiento habitual de la lógica jurídica" (Jeschek), "una forma o recurso del pensamiento" (Zaffaroni), que nada tiene que ver con la analogía prohibida, a la que nos hemos referido en el texto.

§ 64. ***APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS DISPOSICIONES EXCLUYENTES DE LA PUNIBILIDAD ("IN BONAM PARTEM").*** – En la doctrina moderna se ha abierto camino la aceptación de la analogía *in bonam*

partem, es decir, la que toma como referencia de comparación y aplica disposiciones que excluyen o restringen la punibilidad (causas de justificación, inculpabilidad, atenuación de la pena, etcétera). Se dice que, siendo el principio de legalidad una garantía individual de libertad, no puede invocárselo para prohibir la analogía que, precisamente, tenga por finalidad extender esa libertad; la analogía prohibida es, pues, únicamente la que tiene como resultado restringir la libertad, no la que tiene el de ampliarla.

Para una tesis que otorgue otras funciones al principio de legalidad, como es el de defensa mediante la determinación de los tipos penales, la ampliación analógica de las zonas de libertad (mejor dicho, de impunidad) importaría también el quebrantamiento de aquél: si las zonas de punibilidad son rígidas, en un derecho de punibilidad discontinua, las zonas de libertad también deben serlo.

Aunque reconozcamos la importancia del argumento que sostiene que la analogía "*in bonam partem* es la forma idónea para salvar la racionalidad del derecho" (Zaffaroni), no hemos podido contestar a todas las dificultades que ella nos ha presentado. Cuando se trata de una simple duda interpretativa sobre la extensión de una excusa o atenuante se ha invocado la analogía *in bonam partem* como una suerte de *in dubio pro reo* que –salvo en algunos derechos– no es aceptable, como veremos al referirnos a la interpretación de la ley; cuando se trata de atenuantes no considerados por el derecho, la analogía no parece posible, pues importaría un desconocimiento de los tipos; pero cuando se trata de excusas pensamos que hay que distinguir: en los casos de las llamadas "excusas amplias" (como es el ejercicio del derecho), todo se reduce a una cuestión de interpretación de carácter sistemático; en las excusas de "pura impunidad" (como las excusas absolutorias), la analogía también parece inaceptable; pero en las que atañen a la antijuridicidad y culpabilidad, como esos elementos dependen del ordenamiento jurídico general y no específicamente del derecho penal (en su carácter de tal, aunque regule aquéllas), evidentemente no rige el principio de legalidad (que se refiere a la "punibilidad", no a la "ilicitud" en general), por lo cual no se ve razón para prohibir la analogía, pero la mayor parte de las veces en que se acude a ella trátase de soluciones que también se pueden alcanzar por medio de una suficiente interpretación.

II. La ley penal y sus particularidades

A) Ámbito funcional, concepto, estructura y caracteres de la ley penal

§ 65. *Contenido.* – Modernamente a la ley penal se le asigna la función de determinar delitos mediante la imposición de penas. Ya nos hemos referido a la cuestión y volveremos sobre ella con más amplitud en la teoría del delito. Lo que ahora pretendemos es destacar la distancia que tomamos de los criterios que ven la ley penal como la que "prohíbe conductas mediante la imposición de penas", y de los que anteriormente hemos participado. Si bien ese modo de decir las cosas no es abiertamente erróneo, puede traer confusiones, con largas repercusiones en la teoría jurídica del delito. La ley penal, por sí misma, no "prohíbe" conductas; aprecia (valora) conductas "ya prohibidas" por el ordenamiento jurídico, a las que convierte en delitos, adjuntándoles la pena como sanción que se suma a otras (como pueden ser la obligación de reparar, o consecuencias de carácter administrativo).

§ 66. *La ley penal y las medidas de seguridad.* – Volviendo a un tema ya expuesto en la introducción, hemos visto que, por lo menos con relación a determinadas personas, la consecuencia del delito no es la pena, sino la medida de seguridad. Cualquiera que sea el criterio que tengamos sobre la naturaleza de ésta, en el derecho penal moderno –en el que figura el nuestro–, el concepto de ley penal quedaría incompleto si no se hiciese referencia a ella. Tal referencia se justifica, por otra parte, si tenemos presente que las medidas de seguridad –las que aquí nos interesan– son las que sólo pueden recaer sobre quien ha observado una conducta penalmente típica, exclusivamente. La ley penal, por tanto, determina una pena para ciertos hechos ilícitos, convirtiéndolos así en delitos, sustituyéndola por la medida de seguridad para quienes no pueden recepcionar jurídicamente aquélla, pero siempre con relación a dichos hechos.

§ 67. *Concepto.* – De acuerdo con lo expuesto, podemos conceptualizar la ley penal como la disposición del órgano autorizado a crear derecho dentro del Estado, que designa como delitos algunos hechos que el ordenamiento jurídico general considera antijurídicos, sumando a las sanciones de éste la de la pena, o determinando la suplantación de la misma por la medida de seguridad para las personas que, habiendo realizado uno de esos hechos, no sean susceptibles de ser sancionadas con aquélla.

§ 68. *Estructura elemental de la ley penal.* – Como cualquier ley, la penal está compuesta de *precepto* y *sanción*. En ella el precepto designa la conducta (hecho) jurídicamente ilícita (antijurídica) que es merecedora de pena, constituyéndola así en delito; el precepto de la ley penal, como dijimos, siempre hace referencia a una conducta ilícita, la que, como tal, en principio está "prohibida" (sin perjuicio de que en el caso particular se den "permisiones" que le quiten dicho carácter). A diferencia de otras leyes, la penal no contiene en el precepto normas imperativas, en el sentido de que describa taxativamente la conducta "lícita" –obligada o debida por el sujeto–; cuando en los elencos penales encontramos una disposición de ese carácter, veremos que entonces la ley penal no funciona como tal, sino como ordenamiento jurídico general.

La sanción está constituida por la pena como una consecuencia necesaria (jurídicamente) de la realización de la conducta prohibida si se dan los presupuestos de aplicación, sin que ello sea obstáculo, como vimos, para que se haga cumplir a la pena otras finalidades especiales (prevención). Aunque no es normal que ocurra, si bien el principio de legalidad no sólo exige la determinación configurativa de la conducta punible, sino también la especificación de la pena, dicho principio no veda la posibilidad de legislar penas comunes a ciertos tipos penales; como ocurre, entre nosotros, en algunos derechos contravencionales y en el mismo Código Penal, donde los arts. 20 *bis* y 22 *bis* son hipótesis de penas aplicables a varios tipos. Lo que sí violaría aquel principio sería la designación de penas genéricas entre las que el juez pudiera elegir la que a su arbitrio considere adecuada (genéricas, no alternativas, como más adelante veremos): la pena tiene que estar soldada al tipo, sea

por su especificación en él (en la figura), sea por la especificación de los supuestos de aplicación de la designada (como en los casos citados de los arts. 20 *bis* y 22 *bis*, Cód. Penal). El mismo criterio tiene que ser reconocido respecto de la sanción que dispone una medida de seguridad en reemplazo de la pena, aunque cabe aquí una observación: si bien la medida de seguridad se rige también por el principio de legalidad, como el derecho penal está construido sobre la base de la pena, su reemplazo, siendo para casos muy específicos, puede estar indicado por disposiciones de carácter más general (sería inútil repetirlo con relación a cada figura), clasificadas según las personas a las cuales se aplica la medida (p.ej., internación en un manicomio como aplicable a determinado grupo de autores); pero, a su respecto, el principio de legalidad cumple las funciones de requerir su vigencia legal (el juez no puede crear una medida de seguridad no prevista por la ley) y de cerrar el círculo de personas a las que se aplica; lo que queda relativamente "indeterminado" es el hecho (penalmente tipificado) con ocasión del cual se aplica, ya que puede ser cualquiera de los previstos por los elencos penales, lo cual no es una incertidumbre que desconozca el principio de legalidad.

Hemos adelantado que, por propia definición del derecho penal y del delito, la pena aparece (jurídicamente) como una sanción necesaria, puesto que es por medio de ella como el hecho ilícito se convierte en "delito"; pero ello no implica que, aun dentro de los límites del merecimiento de la pena, en determinadas circunstancias la ley excluya su aplicación, sin que el hecho pierda por ello su abstracta designación delictiva (como, p.ej., en las hipótesis de excusas absolutorias).

Además, algunas tendencias actuales de la doctrina penal han puesto en entredicho la "necesariedad" de la pena como consecuencia inescindible de la perpetración del delito, ya que no en todos los casos, desde el punto de vista de la prevención especial, el sujeto necesitaría la pena. Estas ideas, expuestas sobre todo a partir de Roxin, han introducido un factor eminentemente político en la consideración de la pena, que, por otra vía, se conecta con el llamado principio de "mínima intervención", que reduce sensiblemente las posibilidades del *ius puniendi*.

§ 69. *Caracteres.* – Aunque la materia es maleable y depende de los distintos criterios de los cuales se parte, de lo

dicho y de los distintos principios que rigen nuestro sistema, señalamos los siguientes caracteres de la ley penal:

a) *Exclusiva*. El principio de legalidad, al limitar las fuentes de conocimiento del derecho penal y erigirse así en garantía individual, determina que sólo la ley penal puede señalar hechos ilícitos como delitos.

b) *Obligatoria*. La obligatoriedad de la ley penal puede considerarse desde un doble punto de vista; con referencia a los individuos la obligatoriedad es absoluta, a diferencia de lo que ocurre con otras leyes, como la civil, que pueden contener disposiciones que, no siendo de "orden público", se pueden dejar de lado por acuerdo de las partes –con lo cual nada tienen que ver las limitaciones "funcionales" de la ley penal que veremos más adelante–; con referencia a los organismos jurisdiccionales, también rige dicha obligatoriedad como principio general que, por otra parte, es aplicable a cualquier ley; sin embargo, ya veremos que hay casos en que la aplicación obligatoria de la ley penal por parte de aquéllos está condicionada a la actividad de las personas individuales (delitos de acción privada y delitos de acción pública dependientes de instancia privada).

c) *Irrefragable*. Con ello se significa que la ley penal no puede ser derogada ni modificada sino por otra ley de igual jerarquía (en nuestro sistema, hasta la amnistía, que "suspende" los efectos de la ley penal, requiere la sanción de otra ley), o por el transcurso del tiempo fijado por la misma ley (leyes temporales) o por la extinción de las circunstancias excepcionales que motivaron su dictado cuando la vigencia (permanencia) de la ley se condiciona expresamente a la existencia de dichas circunstancias (leyes excepcionales).

También se agrega como caracter de la ley penal el de ser *igualitaria*, aunque es un carácter que, en general, corresponde a toda ley en nuestro sistema. Pero su repercusión más importante es que no existen "fueros personales" (art. 16, C.N.); la inexistencia de tales fueros no significa la prohibición del derecho penal especial para determinadas categorías de personas por razones de especificidad funcional (p.ej., derecho penal militar), sino la posibilidad de que, por imperio de la misma ley, determinadas personas, en iguales condiciones que otras,

puedan quedar al margen de la punibilidad: una ley que enuncie circunstanciadamente sus destinatarios es inconstitucional (p.ej., que "cree" un delito para determinada persona). Puede decirse, no obstante, que en alguna medida cede el carácter igualitario de la ley cuando por consideraciones funcionales se excluye de su aplicación a algunas personas, según veremos más adelante, con lo cual el principio de igualdad no puede ser concebido como imposición de tratamiento idéntico para todos sus destinatarios individuales, sino que hay que entenderlo en el sentido de que no pueden mediar consideraciones personales que permitan un distinto tratamiento en la aplicación de la ley a casos iguales, salvo en lo que se refiere a su adecuación al hecho particular y al autor particular, dentro de los límites permitidos por ella y referidos al mérito de la responsabilización (p.ej., arts. 40 y 41, Cód. Penal).

B) Especies de leyes penales

§ 70. *Clasificación estructural.* – Desde el punto de vista estructural, pueden distinguirse las leyes penales *completas* o *perfectas,* que son las que tienen la estructura elemental precedentemente descripta, de las leyes penales *imperfectas* o *en blanco,* que aunque presentan igual estructura no contienen el precepto circunstanciado, sino que reenvían a otra ley que es la que lo contiene en esa forma, fijando aquélla específicamente sólo la pena. A ellas nos referiremos más adelante.

§ 71. *Clasificación desde el punto de vista de la vigencia (permanencia) de la ley penal.* – Leyes *permanentes* son aquellas cuya vigencia depende de los acontecimientos propios de las reformas legislativas; es decir, ley permanente es la que permanece mientras no se sancione otra ley que la derogue expresa o implícitamente (al sustituirla, regulando de otra manera su mismo contenido). Leyes *temporarias* son las que contienen predeterminado, en sí mismas, un tiempo dado de vigencia y dentro de las cuales encontramos las *temporales* (en sentido propio), que son las que autodeterminan un tiempo fijo de vigencia, especificando el momento de su decadencia como ley (p.ej., "esta ley regirá hasta el 1° de octubre de 1999") y las

excepcionales, que son las que autodeterminan su límite de vigencia pero con relatividad, ya que lo condicionan a la permanencia de la situación que motivó su sanción. Claro está que no toda ley que se dicte en razón de circunstancias especiales o excepcionales es una ley temporaria; sólo lo son las que condicionan expresamente su permanencia a la de la situación especial o extraordinaria, es decir, las que indican la continuación de ella como "plazo" de vigencia (p.ej., la que dispone que "esta ley permanecerá en vigencia mientras dure la presente inundación"); por lo tanto, quedan excluidas de este grupo las leyes que, aunque dictadas por una circunstancia extraordinaria, no condicionan expresamente su tiempo de vigencia a la permanencia de ella (p.ej., una ley dictada con motivo de una "guerra", que no contiene una cláusula de autoderogación, permanecerá vigente aunque para su aplicación haya que encontrarse ante una nueva situación de guerra), así como las leyes de carácter permanente que contienen, como requisito de aplicabilidad (elemento circunstancial del tipo), la ocurrencia de una situación excepcional (p.ej., el estado de guerra en el art. 216, Cód. Penal). Veremos qué importancia adquiere esta especie de leyes por sus repercusiones en la aplicación del principio de extractividad de la ley penal más benigna.

C) IDONEIDAD DE ALGUNAS NORMAS PARA OPERAR COMO LEYES PENALES

§ 72. *CASOS CONTEMPLADOS. LOS TRATADOS INTERNACIONALES.* – Hemos visto que en nuestro sistema jurídico la única fuente de conocimiento del derecho penal es la ley en el sentido más estrictamente formal. Sin embargo, hay una serie de disposiciones que integran aquel sistema y que plantean interrogantes; así ocurre con los tratados internacionales y con las normas procedentes del poder administrador.

En cuanto a los tratados internacionales, como destinados que están a regir relaciones entre los Estados, para operar con leyes penales "internas" requieren constituirse en derecho nacional, lo cual, a nuestro juicio, ocurre con su aprobación legislativa (art. 67, inc. 19, C.N.) sin perjuicio de su "ratificación"

internacional por el Estado, lo cual es otra cosa; hasta ese momento su reglamentación no es obligatoria para los súbditos y, por tanto, no tiene fuerza de ley "interna". Pero, aun en ausencia de aquel acto legislativo, dicha reglamentación puede convertirse en ley interna si una ley asume el contenido de las disposiciones del tratado, en su totalidad o en parte.

§ 73. *NORMAS DEL PODER ADMINISTRADOR.* – Aunque hay leyes consideradas en sentido "material" que son reconocidas como fuentes de conocimiento de derecho penal en algunas materias (como las ordenanzas en el área contravencional municipal), ellas siempre proceden de órganos legislativos (p.ej., concejos deliberantes). Pero la cuestión que aquí nos proponemos es determinar si las reglamentaciones emitidas por el poder administrador (es decir, la rama ejecutiva del poder estatal) pueden o no ser invocadas como fuentes de derecho penal, cuestión que, en principio, se presenta en torno a tres órdenes: el de las facultades reglamentarias de aquel poder, el del régimen de los decretos leyes y el de la integración de las leyes penales en blanco.

§ 74. *LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN EL PODER ADMINISTRADOR.* – En nuestro sistema jurídico político tenemos que descartar, inicialmente, que el Poder Legislativo pueda delegar en el administrador su facultad de dictar "leyes penales". Esa delegación no sólo violaría el equilibrio de la división de los poderes del Estado, según nuestro régimen constitucional, sino que también desconocería los fundamentos del principio de legalidad. Con todo, en algunas provincias se han dado casos de delegación cuya constitucionalidad ha llegado a ser (erróneamente) aceptada por los más altos tribunales.

§ 75. *FACULTADES REGLAMENTARIAS DEL PODER ADMINISTRADOR.* – También tiene que ser negativa la respuesta al interrogante de si puede o no el poder administrador dictar disposiciones de carácter penal en uso de las facultades reglamentarias que constitucionalmente se le reconocen. Es evidente que si el reglamento adquiere vigencia al vertirse en una ley, no puede él mismo convertirse en ley, ni desconocer, mediante innovacio-

nes, los límites de la ley que reglamenta. La facultad reglamentaria es la de dictar "reglas secundarias para la aplicación de la ley", por lo cual se excedería la misma –desconociendo, por supuesto, el principio de la división de poderes– si dicha reglamentación intentase erigir en delitos determinados hechos mediante la asignación de pena. Veremos, sin embargo, la cuestión que al respecto se plantea en las leyes penales en blanco.

§ 76. ***RÉGIMEN DE LOS DECRETOS LEYES.*** – Se puede conceptualizar al decreto ley como la reglamentación de carácter general sancionada por el Poder Ejecutivo y que contiene normas que pertenecen a la esfera funcional del Poder Legislativo.

En nuestro derecho, a diferencia de lo que ocurre en otros (aunque las reformas van cambiando la tónica), no se encuentra una expresa habilitación constitucional que autorice a emitir tales decretos leyes. La cuestión queda, pues, reservada a la actividad legislativa que por sí asume el Poder Ejecutivo, invocando la necesidad de legislar sobre casos "excepcionales y urgentes".

Sería posible que esa actividad la llevase a cabo el Poder Ejecutivo constitucionalmente establecido, aunque entre nosotros el debate se ha concretado sobre los decretos leyes emitidos por los Poderes Ejecutivos de facto. Para una dogmática constitucional estricta es inadmisible que por esa vía puedan dictarse disposiciones de carácter penal, porque el decreto ley no es ley, con lo cual, sin perjuicio del desconocimiento del orden republicano de gobierno, se violaría el principio de legalidad; por otro lado, para rechazar la argumentación de la "necesidad de legislación" se hace notar que la mayor parte de los decretos leyes dictados no responden a situaciones "excepcionales y urgentes". Otra corriente, invocando dicha necesidad, admite la posibilidad de legislar penalmente por medio de decretos leyes por los gobiernos de facto, restringiendo la interpretación del art. 18, C.N., en cuanto al alcance del principio de legalidad, afirmando que, en todo caso, aquél cumple con la ley "previa" al hecho y que dicha norma no requiere que se trate de una ley en sentido formal, a lo cual se suma que sería incongruente reconocer facultades legislativas al gobierno de facto en algunas materias, negándoselas en otras (como la penal). En realidad toda esta discusión parecería no tener obje-

to: el gobierno de facto está al margen de la Constitución y, por tanto, respecto de sus actos es en vano hablar de constitucionalidad o inconstitucionalidad.

Sin embargo, el tema no se detiene ahí; el problema verdaderamente dogmático se suscita cuando, habiendo cesado el gobierno de facto y habiéndose instituido un gobierno constitucional, se trata de resolver sobre la continuación de la vigencia de la reglamentación penal construida por aquél mediante decretos leyes: ¿tiene ella que ser "ratificada" por el Congreso de la Nación para seguir en vigencia o, ante su silencio, hay que considerar que rige aún? Hasta 1948, la Corte Suprema sostenía la primera opinión, después cambió, para apoyar la segunda, invocando los argumentos ya expuestos e insistiendo en la necesidad de la "continuidad legislativa". Como en otros muchos supuestos, la Corte zanjó la cuestión de ribetes constitucionales invocando razones de carácter práctico, consagrando soluciones que tendían a evitar desórdenes de magnitud (p.ej., algunos pensaron que la ley de facto, en la primera opinión, ni siquiera hubiese sido aplicable según el principio de extractividad de la ley penal más benigna, criterio rechazado por la doctrina y la jurisprudencia).

Frente a las últimas quiebras constitucionales, el legislador argentino (1973-1984) ha optado –en la esfera penal– por el criterio de derogar o confirmar expresamente las normas de facto (p.ej., leyes 20.509, 23.077), con lo cual, en resumidas cuentas, si bien aparentemente sigue la primera de las opiniones expuestas, al "derogar" (aunque a veces se habla de "dejar sin efecto" y hasta se ha utilizado la expresión –propia de la tarea procesal del Poder Judicial– de declarar "nula y sin ningún valor") la ley de facto, reconoce su anterior vigencia, lo cual (como lo hemos señalado), adquiere singular importancia cuando se trata de resolver el problema de la sucesión de leyes penales, ya que aquélla habrá de ser tenida en cuenta por el juez para aplicar los principios del art. 2°, Cód. Penal.

§ 77. *Integración de la ley penal en blanco.* – Otro camino por el que alcanzarían jerarquía de derecho penal algunas normas dictadas por el poder administrador, sería el de las leyes penales en blanco.

Según lo ya adelantado, ley penal en blanco es la que legisla específicamente sobre la sanción (pena), refiriéndola a acciones prohibidas cuya particular conformación, a los efectos de la aplicación de aquélla, deja librada a otras disposiciones a las cuales se remite. No es que en ellas esté ausente el precepto, pero éste se encuentra meramente indicado por el reenvío; para circunscribirse cumpliendo con el requisito de la tipicidad y, por ende, con el principio de la legalidad, hay que recurrir a otra norma, que actúa como "complemento" de la ley penal en blanco; es esta disposición complementaria la que "formula el tipo" (Maurach, aunque se refiere al tipo en sentido estricto o tipo sistemático).

Aunque sea obvio, para evitar cualquier confusión, conviene aclarar que no todas las hipótesis legales de reenvío de una ley a otra disposición constituyen casos de leyes penales en blanco. Por supuesto que queda desplazada esa calificación para las llamadas "leyes penales en blanco al revés" (Jiménez de Asúa), en las que el precepto es lo que está específicamente determinado y el reenvío se produce para la determinación de la pena, de lo cual es raro encontrar ejemplos, ya que se trata de una pésima técnica legislativa. Menos podrá considerarse "ley penal en blanco" la que, determinando con especificidad el precepto, se reduce a remitirse, explícita o implícitamente, a otra distinta, para caracterizar determinados elementos del tipo, lo cual es un procedimiento sistemático ineludible en la constitución del derecho (p.ej., el concepto de "cosa ajena" no está contenido en el art. 162, C.P., sino que es menester ir a buscarlo dentro de la ley civil), sobre todo si tenemos presente la relación que existe entre el hecho jurídico según el ordenamiento jurídico y el delito como hecho ilícito "penado", a lo que ya hemos hecho distintas referencias que completaremos al exponer la teoría jurídica del delito.

Pero la cuestión fundamental que ahora nos preocupa resolver sobre las leyes penales en blanco, es si ellas pueden ser completadas por medio de una disposición que no sea ley en sentido formal, como, por ejemplo, un decreto del Poder Ejecutivo. Evidentemente, ése sería un procedimiento que permitiría alcanzar jerarquía de derecho penal a esta legislación material. Una corriente doctrinaria que admite que cualquier

ley puede operar como complemento, ya proceda del mismo órgano legislativo que sancionó la ley penal en blanco o de otros poderes legislativos (como podrían ser las legislaturas provinciales o hasta el derecho extranjero, si la ley en blanco se remite expresamente a él), rechaza la posibilidad de que el reglamento administrativo pueda operar como complemento, pues ello implicaría una forma de delegar en el poder administrador la facultad de crear delitos, lo cual desconoce el principio de legalidad. En esta opinión cabe, sin embargo, la salvedad de los reglamentos dictados por el propio Congreso que sanciona la ley penal en blanco, en ejercicio de sus propias facultades de aquella naturaleza (art. 67, inc. 28, C.N.), pero de ninguna manera se admite la complementación por medio del ejercicio de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo (art. 86, inc. 2º, C.N.) (Núñez). Otra corriente, restringiendo el principio de legalidad a la exigencia de "ley previa" en cuanto "disposición previa", admite que pueda operar como complemento de la ley penal en blanco el reglamento administrativo (Soler).

En los cambios de nuestra legislación penal se nota la marca de las distintas opiniones. Tomando como ejemplo la redacción del art. 206, C.P. (una característica ley penal en blanco), tenemos que la primitiva redacción reprimía "el que violare las reglas establecidas por las *leyes* de policía sanitaria animal"; las leyes 17.567 y 21.338 –ya derogadas– se remitían a las "medidas adoptadas por la ley o por la autoridad", con lo cual prácticamente se aceptaba el decreto procedente del Poder Ejecutivo como complemento, criterio este último que, por otra parte, ha seguido la escasa jurisprudencia que se ha pronunciado sobre el tema, aun sobre la redacción original del Código Penal, tomando la expresión ley en sentido de "ley material".

> Es bastante común que, en el derecho comparado, la preocupación de la doctrina se oriente sobre la remisión de la ley penal en blanco a normas de inferior jerarquía, donde la cuestión se plantea en los mismos términos que entre nosotros; para algunos hay bienes jurídicos que, como los de la libertad, la vida o integridad física, requieren que los delitos que los afectan estén previstos por la ley en forma estricta, por lo cual, en todo caso, el complemento de la ley penal en blanco sólo podría estar constituido por otra ley de igual jerarquía; pero en los supuestos en

que la materia del bien jurídico es más flexible y no se refiere a derechos fundamentales de la persona, podrían operar como complemento disposiciones de carácter administrativo, p.ej., en materia de salud pública. La distinción no deja de ser una elección un tanto infundada.

Mejores fundamentos tiene la opinión de Zaffaroni, para quien las posibilidades de remisión al reglamento administrativo dependen del carácter de la materia, según se trate o no de la que está reservada a dicha reglamentación: "la ley penal en blanco no es inconstitucional en tanto que su estructura venga impuesta por la división de los poderes del Estado"; por ejemplo, en materia de policía sanitaria la Administración (nacional, provincial y municipal) tiene facultades para emitir normas, en cuyo caso la remisión a una de ellas como complemento de la ley penal en blanco es constitucionalmente viable. Aunque al fin ella coincida con la tesis anterior, su fundamento dogmático constitucional es más claro.

La ley penal en blanco sería inconstitucional, por importar una delegación inadmisible, cuando se refiera a materias que sólo pueden ser legisladas por ley del Congreso; en esos casos sólo una ley formal puede operar como complemento.

De más está decir que el complemento, si se trata de un acto administrativo, no podrá exceder los límites de racionalidad (Zaffaroni), que vienen impuestos por las mismas limitaciones del principio de reserva (v.gr., colocar el café en la lista de estupefacientes, ejemplo de Zaffaroni).

D) Relaciones entre el ordenamiento jurídico general y el derecho penal en particular

§ 78. ***Transformación del hecho ilícito en delito.*** – Como hemos dicho ya, y como lo explicaremos más circunstanciadamente al exponer la teoría jurídica del delito, éste no es sino el hecho ilícito "penalizado"; la ley penal selecciona ciertos hechos ilícitos como merecedores de pena; es más, cuando las reglas incluidas en los elencos penales "crean" ilicitudes que no están prefiguradas como tales en otras ramas del derecho, aquéllas no funcionan como derecho penal, sino como ordenamiento jurídico general.

§ 79. ***Distinción entre norma y ley (la teoría de las normas de Binding).*** – De alguna manera esta idea sobre la función de

la ley penal (de larga raigambre histórica) inspira la teoría de las normas de Binding. Exponiéndola del modo más grosero diremos que ésta sostiene que el mandato que ordena o prohíbe una determinada conducta no está contenido en la ley penal, la cual se limita a describir la conducta contraria a dicho mandato, determinando la sanción. Resulta, pues, que para especificar el precepto en su total contenido es menester recurrir a leyes o disposiciones no penales, que son las que contienen los mandatos, revelando lo que el derecho quiere. Es el mandato contenido en la norma lo que otorga al Estado la facultad de exigir el imperativo, pero es la ley penal la que le otorga el "derecho" de castigar su infracción. El infractor viola el mandato, pero "realiza" la ley penal en lo que ella tiene de descriptiva; por ello Beling sostuvo que mientras la norma "valora", la ley penal crea la figura. Aunque estas construcciones no coinciden en todos sus aspectos con las que nosotros exponemos, su consecuencia fundamental es la misma: todo ilícito penal (delito) es antes un ilícito no penal, determinado como tal en el ordenamiento jurídico general (que es el que contiene las "normas" de Binding).

Frente a lo expuesto, que se califica de teoría dualista, se presenta una teoría monista, según la cual las reglas jurídicas que no son "normas" (tal sería la ley penal) entrañan una delimitación de las normas, con lo que las integran (ver Rodríguez Mourullo); para otros la pena como amenaza es un elemento de la norma (norma como juicio hipotético de Kelsen), aunque ésta aparece como "norma objetiva de valoración" (Mezger), con lo cual se puede seguir manteniendo la distinción entre norma y ley penal en este aspecto. Últimamente se sostiene que, habiendo una vinculación estrecha entre la teoría de las normas (teoría de los imperativos) y la concepción retributiva de la pena, mientras que otras –como la teoría de las normas como normas objetivas de valoración– responden al criterio de la unión (en parte teorías mixtas de la pena), desde que "ambas concepciones... son suficientemente consistentes... la elección... depende de la orientación que se adopte en materia de teoría de la pena"; así, por ejemplo, el criterio de la prevención especial, que toma en cuenta las características de la personalidad del autor, no se puede compaginar con la teoría de los imperativos tal como la expuso Binding (Bacigalupo).

Estas últimas afirmaciones pueden ser puestas en entredicho, pero, sin perjuicio de ello, se advierte en la doctrina penal actual

que la preocupación por dejar de lado la teoría "dualista" se apoya, en gran medida, en la situación de ciertas reglas que aparecen entre las leyes penales y que, necesariamente, tienen que ser conectadas con las normas-mandatos –como son las que regulan los permisos de ataques a bienes jurídicos, tal como se da en las justificantes–. Como indicaremos oportunamente (y ya lo hemos advertido), dichas reglas no son reglas penales: pertenecen a la categoría de las normas del ordenamiento jurídico general; no son "derecho penal", con lo cual –al menos para nuestro criterio– se supera dicha preocupación.

§ 80. *El problema de la "sede" de las normas.* – La cuestión que hace poco tiempo se planteó en el seno de la teoría de las normas –tal como la expusimos– es la relativa a su sede; en otras palabras, se trata de saber dónde radican las "normas-mandatos" que la ley penal reafirma con la amenaza de la pena. Binding no contestó con claridad a este interrogante, aunque para muchos de sus comentadores habría admitido –dubitativamente– que esas normas no necesariamente tenían que estar contenidas en el ordenamiento jurídico, sino que podían tener un origen extralegal (p.ej., podía tratarse de normas éticas); Beling, por su parte, negó que a la ley penal pudieran interesarle normas que no estuviesen contenidas en el ordenamiento jurídico.

En esta materia tuvo profunda repercusión –en nuestra doctrina por obra de Jiménez de Asúa– la llamada *teoría de las normas de cultura* de Mayer (que aparece algo exagerada en algunas de sus exposiciones de segunda mano); en realidad, lo que preocupó a Mayer fue la fundamentación de las normas o imperativos jurídicos, no tanto su traslado al derecho penal. "La justificación del derecho y en especial de la fuerza vinculante de la ley se basa en que las normas jurídicas coinciden con las normas de cultura, cuya fuerza vinculante el individuo conoce y reconoce"; de cualquier modo, la norma "de cultura" –cuya infracción puede cubrir el derecho penal– no es cualquier norma de cultura, sino la que ha sido reconocida por el Estado, es decir, la que concretamente aparece como jurídica (norma de cultura que fundamenta una regla jurídica); sin embargo, las normas de cultura (en estado puro) pueden tener influencia en materia de exclusión de la prohibición (reglas permisivas) al

restringir el imperativo normativo según lo que surge de su interpretación en base a la norma de cultura a la cual responde; de ahí que esta teoría haya sido invocada por algunos para justificar una ampliación "supralegal" de las causas de justificación, según veremos en la teoría jurídica del delito.

En nuestra concepción del delito como hecho ilícito –dependiente del principio de reserva– penalizado –dependiente del principio de legalidad– sólo las normas-mandatos del ordenamiento jurídico pueden fundamentar la designación de la pena como consecuencia de la responsabilización, tarea que lleva a cabo la ley penal.

De tal modo, la aceptación de la idea básica que informa la teoría de las normas reafirma el principio de unidad de la antijuridicidad en la totalidad del ordenamiento jurídico (no hay una "antijuridicidad penal" específica) y el carácter sancionador (no creador de ilicitudes) del derecho penal cuando opera como tal.

§ 81. *La cuestión de los destinatarios de la ley penal.* – La teoría de las normas permitió distinguir el destinatario de las normas del destinatario de la ley penal. La norma, en cuanto integrativa del precepto de la ley penal, está dirigida a los individuos que deben obedecer el mandato absteniéndose de la conducta prohibida; la ley penal, como designación de la pena, va dirigida a los órganos del Estado, encargados de aplicarla, imponiéndoles el deber de hacerlo toda vez que se haya dado una infracción del mandato que esté penalizada.

Con mayor rigor conceptual se ha señalado que esta cuestión, así planteada, no tiene razón de ser y que, en todo caso, la cuestión de la motivación del sujeto por el imperativo contenido en la norma es una cuestión de culpabilidad; esta precisión, que proviene, por lo menos, de Mezger, es ratificada por nuestra actual doctrina penal (Zaffaroni, Bacigalupo).

Sin embargo, en esa esfera puede repercutir considerablemente, porque de ella dependería la exigencia o no del conocimiento de la punibilidad; si la ley penal –no sólo la norma– tiene como destinatario al individuo, éste tiene que conocer la punibilidad para ser penalmente responsable, lo cual no acepta, en general, la doctrina, aunque veremos que una regla absoluta en este sentido no puede ser aplicada sin graves consecuencias.

III. INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

§ 82. *CONCEPTO.* – La investigación de carácter dogmático procura descubrir el sentido de la ley a fin de aplicarla a casos concretos; se puede, pues, repetir con Manzini que la interpretación consiste en la operación de "poner de acuerdo a la ley penal, abstracta y genérica por naturaleza, con lo concreto y variable del caso particular", para determinar si éste puede o no ser regido por aquélla.

La *necesidad* de la interpretación no depende, por tanto, de la claridad u oscuridad de la ley. Toda ley, según aquel concepto, aun la más clara, necesita ser interpretada en el momento de ser aplicada. El acto de voluntad del juez que la aplica tiene que ir precedido de una serie de representaciones destinadas a resolver si el hecho que juzga queda o no comprendido en el sentido de la ley, si responde a la materia que ella regula. Esas representaciones reducen la abstracción de la ley a lo concreto, para poder volcarla sobre la circunstancia histórica real que se juzga. Ello no es óbice para que la interpretación se pueda llevar a cabo sin relacionarla con un hecho histórico dado, sino planteándose hipótesis de casos posibles que permiten aquella reducción (interpretación doctrinaria).

> Como resultado del llamado "positivismo jurídico", que se desarrolló con gran pujanza durante la primera mitad del siglo, el tema de la interpretación de la ley penal concentró un alto grado de atención de la doctrina. Las nuevas corrientes, que han ido poniendo el acento sobre los aspectos extralegales de los que se vale la interpretación, parecen haber descuidado un tanto el tema, por lo menos como labor orgánica, lo que sin duda no es conveniente mientras estemos comprometidos dentro de un sistema de legalidad.

A) OBJETO Y CARÁCTER DE LA INTERPRETACIÓN

§ 83. *OBJETO.* – Al insertarse la ley en un contexto social –en cuanto tal histórico– es indudable que la "voluntad" de ella (su sentido), se independiza de la del legislador, que la ha crea-

do. Por consiguiente, en cuanto se trata de interpretarla para aplicarla a casos históricamente concretos, la finalidad primordial de la interpretación es determinar el sentido "actual" de la ley, no la voluntad del legislador.

Fuera de que éste, por defectos técnicos, como pueden ser errores de expresión o mala intelección de conceptos, puede decir algo distinto de lo que quiso decir y entonces no se podrá desconocer el sentido que así alcance la ley para adecuarlo al de la voluntad del legislador (lo cual importaría dejar de lado, no sólo el principio de legalidad, sino en muchas situaciones también el de reserva), las conclusiones de la interpretación pueden ser distintas según sea el momento histórico en que se la realice; los cambios que motiven esos distintos resultados pueden haberse operado dentro del orden legislativo (p.ej., la especificación del concepto de "cosa" en la legislación civil) o ser aportados por nuevas circunstancias sociales que condicionan aquélla.

§ 84. *La denominada interpretación "progresiva".* – Estas circunstancias indican que en la ley siempre se puede reconocer un "querer actual", que no se cristaliza en el "querer del legislador", y que la tarea del intérprete es, precisamente, descubrir aquel querer actualizado. Por esa razón se habla del carácter "progresivo" de la interpretación, aunque ciertas corrientes han extendido de tal modo ese concepto, que lo han llevado a extremos desconocedores del principio de legalidad, en tanto que otras –del signo contrario– lo han reducido a límites inoperantes, que no permiten una verdadera actualización dentro del respeto a dicho principio.

No se trata de una introducción masiva de elementos sociológicos prejurídicos, sin cotejo jurídico, de datos con los que se elabora la interpretación, ni de una mera interpretación sistemática que únicamente tome en consideración los cambios legislativos que hayan influido en la ley penal. La interpretación progresiva no es una interpretación "correctiva" (Mezger) de la ley que la torne en una ley distinta, ni una interpretación limitadamente sistemática, que no permita actualizar su sentido frente a los cambios de las circunstancias sociales. Éstos no cambian la ley, pero le pueden asignar nuevos conteni-

dos sin deformarla, permitiendo regular con ella casos inimaginables en el momento de su promulgación (novedades técnicas, direcciones de las creencias sociales, etc.; p.ej., el hecho de que el legislador no haya tenido en cuenta la comunicación por satélites en el momento en que reguló los delitos contra los medios de comunicación, no impedirá, en principio, que aquélla quede comprendida en la ley; es evidente que el concepto de "honestidad" de la mujer que hoy se asume en nuestra sociedad o el concepto de lo "obsceno" no son los mismos que tuvo en cuenta el legislador de 1921).

§ 85. *Carácter.* – Sin perjuicio de criterios iusfilosóficos sobre la naturaleza de la tarea interpretativa, aquí sólo tratamos de la interpretación con destino cognoscitivo, que no tiene carácter creativo de reglas, sino que se limita a aprehender los pensamientos contenidos en la ley.

§ 86. *Reglas que rigen la interpretación.* – Como a continuación explicaremos, la interpretación se lleva a cabo con procedimientos que reconocen distinta apoyatura; pero, en ocasiones, el orden jurídico suministra pautas expresas que la limitan, seleccionando conceptos de aplicación obligatoria que no pueden ser suplantados por el intérprete. Tales reglas aparecen en distintos lugares de ese ordenamiento, ya constituyendo principios rígidos, que no se pueden desconocer (como ocurre con la influencia que tienen en la interpretación los principios de legalidad y reserva de los arts. 18 y 19, C.N.), ya imponiendo significados determinados (p.ej., arts. 15 y 16, C.C. y art. 77, Cód. Penal).

Son reglas dirigidas al juez, que acotan su actividad interpretativa al juzgar los casos concretos, no obstante lo cual no pertenecen al derecho procesal, sino al derecho de "fondo" o "material", ya que no disponen "cómo" efectivizar el derecho, sino que regulan cómo ha de descubrirse el sentido de la ley. En lo que al derecho penal interesa, la consecuencia de esta última afirmación es que tales reglas se ven afectadas por todos los principios aplicables en aquél; especialmente veremos la influencia que pueden adquirir en torno a los problemas de sucesión de leyes.

B) Procedimientos de interpretación

§ 87. *Procedimiento gramatical.* – Para descubrir el sentido de la ley confluyen en la base de la interpretación distintos procedimientos que parten de sus formas expresivas, hasta llegar a la especificación de su destino protector de bienes jurídicos.

Sin duda, el punto de partida de la labor del intérprete puede hacerse estribar en el procedimiento gramatical, que, atendiendo a la fórmula legal, procura desentrañar su sentido según las significaciones de los vocablos que emplea y su ordenamiento (procedimiento sintáctico). Aunque las reglas aplicables a este procedimiento son comunes a todo el derecho, no está de más recordarlas, porque su olvido ha dado lugar a muchos equívocos en la doctrina moderna:

a) La investigación gramatical de la fórmula legal debe tomar en cuenta a ésta en su total literalidad. No puede ser fraccionada, interpretando separadamente cada una de sus partes, ya que los significados pueden variar si se desgajan las partes de la totalidad sintáctica.

b) La ley no contiene vocablos superfluos; cada uno de ellos tiene un significado que interfiere en el sentido "formulado" y el intérprete no puede dejar de lado algunos (eliminándolos mentalmente de la redacción normativa), alegando su errónea o inútil inclusión. Lo cual no quiere decir que, en ocasiones, la ley no pueda contener referencias "excesivas", esto es, expresiones que, aunque no hubiesen figurado en la formulación, su significado igualmente hubiese sido necesario que el intérprete lo tuviese en cuenta por su implicitud, deducida a través del procedimento sistemático; aunque no son muchos los casos de esta especie, en los pocos que encontramos podemos ver que el legislador pudo estar motivado para hacer la inclusión por circunstancias particulares (normalmente se trata de subrayar una exigencia para la punibilidad) y tales motivaciones no dejarán de adquirir importancia en la interpretación (p.ej., la expresa calificación de "ilegítima" para una específica conducta tipificada como delito).

c) La exacta significación de los vocablos o giros de la fórmula legal depende tanto de su carácter como del modo en que se han empleado en ella. A los vocablos *vulgares* (p.ej., "ardid") se les debe otorgar el significado que corrientemente tienen en el idioma; a los *técnicos* (p.ej., "prescripción"), el que poseen en el ordenamiento jurídico. Pero muchas veces el legislador puede asignar a unos y otros significados "impropios", empleando los vulgares incorrectamente (p.ej., ateniéndose a modismos locales) u otorgando a los técnicos significados que no poseen en el resto del ordenamiento jurídico. Si del juego de los otros procedimientos interpretativos se infiere que los vocablos han sido impropiamente empleados, se deberá respetar su uso impropio (no es el Diccionario de la Real Academia ni los jurídicos los que interpretan, sino el juez).

Hay vocablos de significación ambivalente (una vulgar y otra técnica, como el de "propiedad"); según algunos privaría en esos casos el significado vulgar, ya que la ley penal constituye una "regla elemental de conducta" para la generalidad de los individuos (Manzini); para otros tiene que privar el significado técnico, puesto que con ello se respeta la unidad del ordenamiento jurídico; sin embargo, los ejemplos que se nos presentan en nuestro derecho nos demuestran que el legislador no les otorga un tratamiento uniforme que nos permita resolver *a priori* la cuestión: unas veces los emplea en sus acepciones vulgares y otras elige las técnicas; descubrir cómo ha empleado los vocablos ambivalentes dependerá, pues, de las corroboraciones obtenidas a través de los demás procedimientos interpretativos.

d) Tampoco se puede otorgar un valor absoluto al antiguo principio interpretativo que decía que "donde la ley no distingue no se debe distinguir". Expuesto de otra manera, quiere decirse con él que así como no se le puede negar valor interpretativo a lo que la fórmula legal dice, no se le puede otorgar valor a lo que no dice: el intérprete no puede eliminar expresiones de la ley, pero tampoco puede incluir expresiones no contenidas en su fórmula.

En primer lugar –salvo rectificaciones expresas de la propia ley– la amplitud del principio y su aplicación están condicionadas por las reglas gramaticales; así, por ejemplo, el plural referido a personas, hechos o cosas, comprende también el sin-

gular, el masculino comprende el femenino (si el tipo pena al que "destruyere cosas ajenas", bastará con destruir una sola cosa para cometer el delito; si el tipo castiga al que realiza la apología de "un condenado", el delito puede llevarse a cabo realizando la apología de "una condenada").

En segundo lugar veremos que en algunos casos los resultados a que nos conducen otros procedimientos interpretativos nos obligarán a reconocer distinciones que la fórmula legal no contiene expresamente, puesto que si no lo hacemos, introduciríamos incongruencias inadmisibles en el ordenamiento jurídico que pueden llegar hasta el desconocimiento del principio de reserva (Zaffaroni habla de las distinciones necesarias según el imperativo de "racionalidad").

§ 88. *PROCEDIMIENTOS QUE CONFLUYEN AL TELEOLÓGICO.* – Se trata de procedimientos destinados a determinar el sentido protector de la ley, es decir, el bien jurídico que protege y la medida o modalidad con que lo protege (ya veremos que los actos que no atacan un bien jurídico no pueden ser catalogados como hechos ilícitos y, por ende, tampoco como delitos). Esta labor de descubrimiento de la *finalidad* (*telos*) protectora de la ley se integra con distintos procedimientos que podemos concentrar en el sistemático y el histórico.

Se nos ha señalado que la propuesta integración del procedimiento teleológico tiende a confundirlo con el procedimiento sistemático cuando se trata de dos categorías distintas, pero en realidad, cuando la dogmática –o lo que hacía sus veces durante la época de los comentarios exegéticos– acudió originalmente al procedimiento sistemático, aunque no se lo haya expuesto claramente y aun cuando la intención haya sido otra distinta, lo que trataba de hacer era descubrir el bien jurídico que la figura penal quería proteger, para lograr por ese medio la especificación de los principios generales asignables al sistema. Por otro lado, pensar en un "método teleológico" dotado de procedimientos autónomos (exclusivamente "teleológicos") es lógicamente inconsistente, puesto que entonces el bien jurídico tendría que ser prepropuesto por el intérprete y no ser deducido del ordenamiento jurídico como sistema (al que sólo se acudiría en función de corroboración). Por supuesto que como el procedimiento sistemático no se agota en la tarea de determinar el bien jurídico protegido, sino que se lo emplea también en el procedimiento

gramatical para descubrir el significado de los vocablos, se lo puede considerar dotado de cierta autonomía, pero dicha función meramente técnica no es la básica para la interpretación, sino la que ahora estamos viendo. Exactamente lo mismo puede decirse del procedimiento calificado de *histórico*.

§ 89. ***La investigación teleológica por medio del procedimiento sistemático.*** – Primeramente las relaciones de conexión de la ley penal con el resto del ordenamiento jurídico permitirán comprobar –observando el principio de reserva– cuáles son los hechos ilícitos (ataques prohibidos) que el derecho penal puede llegar a amenazar con pena y cuándo esa pena se puede aplicar a casos concretamente propuestos. Para especificar cuáles de esos hechos ilícitos han sido seleccionados por la ley penal para incluirlos en el catálogo de los delitos, el examen de la ley penal particular (figura-tipo) tiene que realizarse en conexión con aquel ordenamiento, pero también en una conexión más restringida con el ordenamiento jurídico penal; serán estas últimas relaciones las que nos permitirán corroborar los resultados a que arribemos y, sobre todo, determinar el modo y la medida de la protección penal del bien; en esta última tarea adquirirá importancia la consideración de los distintos títulos y capítulos de la Parte Especial: salvo incongruencias que surjan del propio contenido de los tipos, normalmente los rubros de los títulos nos indicarán en general el bien jurídico, y los de los capítulos las modalidades (o extensión) de la protección penal (p.ej., el Título I del Libro II del Código Penal se refiere a los delitos "contra las personas"; los títulos de los capítulos indican qué bienes "personales" se protegen en él y cómo: la vida, la integridad física; a la vez, nos dicen que la protección de la vida se extiende hasta las personas por nacer –abortos–, etcétera).

§ 90. ***La investigación teleológica por el procedimiento histórico.*** – El procedimiento histórico, que tanta importancia asumió cuando el objeto de la interpretación se volcaba sobre el descubrimiento de la voluntad del legislador, la sigue teniendo, aunque su objetivo haya cambiado; puede decirse que hoy integra los medios utilizables para determinar el fin protector de la ley, pero para que cumpla esa función sus direcciones tie-

nen que ser ampliadas: no se trata ya, en efecto, de fijar sólo la voluntad que tuvo el legislador en el contexto histórico en que la ley nació, sino también de determinar los nuevos contenidos que la ley va asumiendo en la evolución de las contingencias sociales y jurídicas. Por supuesto que no se puede dejar de lado la ilustración sobre la *occasio legis*, es decir, de las situaciones sociales que en su momento suscitaron la sanción de la ley (lo que se realiza por medio de los procedimientos históricos corrientes que nos permitirán especificar el pensamiento del legislador sobre la *ratio legis*, para lo cual nos serán útiles los trabajos preparatorios, las discusiones parlamentarias, las exposiciones de motivos, las notas del legislador, el derecho comparado al que acudió para inspirarse, etc.); pero la tarea del procedimiento histórico, como dijimos, no se detiene ahí; continúa con el examen de la evolución de la ley al enmarcarse en los nuevos contextos sociales y jurídicos. Las modificaciones operadas en otros sectores del derecho pueden variar los modos y límites de la protección del bien jurídico. Las nuevas contingencias sociales (técnicas, científicas, religiosas, relacionales en general) pueden otorgar nuevos contenidos susceptibles de tener cabida en la fórmula legal, de conformidad con lo que hemos dicho al hablar de la llamada "interpretación progresiva" y será por el procedimiento histórico-sociológico como tendremos que determinarlos.

§ 91. ***APLICACIÓN CONJUNTA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE INTERPRETACIÓN.*** – De lo que hemos expuesto se deduce sin esfuerzo que los distintos procedimientos a que hemos hecho referencia se integran en unidad, constituyendo lo que algunos denominan "método de interpretación". Por lo tanto, unos no son excluyentes de los otros, ni puede asignarse a algunos de ellos una mera función corroborante de los resultados obtenidos en la aplicación de los demás; todos tienen que ser actuados conjuntamente. Por eso –contra lo que en cierto momento de la evolución de la doctrina se creyó– el éxito que pueda haberse obtenido en la investigación gramatical ni excluye ni limita el empleo de los otros procedimientos, ya que, como hemos podido ver, el correcto examen gramatical no puede realizarse sin recurrir a los procedimientos que integran el examen teleológico, que nos indicará, por ejemplo, la comprensión asignable a

los vocablos con que se construye la fórmula. Por otra parte, el examen teleológico encuentra un límite preciso en las formas literales de la ley, a las que no puede desconocer ni forzar sin poner en peligro el principio de legalidad. En cualquier caso, por consiguiente, la interpretación será resultado de la utilización conjuntamente complementaria de todos los procedimientos mencionados.

C) Especies de interpretación

§ 92. *Las distintas interpretaciones según su origen.* – La interpretación puede ser realizada por organismos estatales o por particulares (doctrinaria).

En la primera se distingue la interpretación *auténtica* de la *judicial*. La auténtica es la declaración del sentido de la ley producida por el mismo órgano que la sancionó por medio de un acto de igual jerarquía legislativa. La interpretación auténtica puede ser *contextual* o *posterior*, según se realice en el contexto de la ley que se interpreta (p.ej., art. 77, C.P.) o en una ley distinta. En este segundo caso se suscitan problemas de sucesión de leyes que trataremos oportunamente. Descartando una opinión que fue bastante común en el período de la "exégesis", es necesario aclarar que no integran la interpretación auténtica ni los trabajos preparatorios, ni las discusiones parlamentarias, ni las exposiciones de motivos, cuya participación en los procedimientos interpretativos ya hemos explicado (procedimiento histórico).

Al contrario de la interpretación auténtica, que tiene validez general, la *judicial*, realizada por el órgano jurisdiccional para aplicar la ley en un caso concreto, sólo tiene validez para el caso juzgado, aunque ya hemos visto los problemas que suscitan los "acuerdos plenarios" y las sentencias de casación en nuestro derecho.

Con respecto a este tema, se discute hasta dónde llega el poder del juez respecto de la ley con errores. Se distinguen los simples errores materiales (numeraciones, fechas, etc.) con relación a los que el juez tiene facultades de corrección en cuanto ésta no pueda alterar el sentido de la ley, de los errores

cuya corrección importa variar su sentido: según algunos, el juez podría corregirlos *in bonam partem*, o sea cuando la corrección importara un beneficio para el imputado; la cuestión dependería, pues, en alguna medida, de los principios de los que hemos hablado al tratar de la analogía, ya que sin duda alguna el error del legislador que da su sentido a la ley, integra ésta en forma definitiva, sin perjuicio de que le haga alcanzar un grado de incongruencia que la torne inconstitucional (p.ej., si contradice el principio de reserva).

La interpretación *doctrinaria* es la que realizan los estudiosos del derecho que, con miras a su posterior aplicación práctica, declaran el sentido de la ley sobre la base del planteamiento de hipótesis, la cual, a diferencia de las anteriores, no tiene validez jurídica alguna. En realidad las notas del codificador, exposiciones de motivos y demás trabajos parlamentarios de esa categoría, pertenecen a esta especie de interpretación.

§ 93. *La interpretación según sus resultados.* – El tema anterior es común a todo el derecho y sólo tangencialmente puede incluirse en los tratamientos específicos del derecho penal. No ocurre lo mismo con el que ahora vamos a ver, que ha suscitado distintas cuestiones largamente debatidas en él.

Tradicionalmente se ha distinguido una interpretación *declarativa*, de la *restrictiva* y de la *extensiva*. La primera se daría cuando de la investigación de los "contenidos" de la ley se infiere que su sentido se encuentra literalmente expresado en la fórmula legal: "La ley dice exactamente lo que ha querido decir". La *restrictiva* se impondría cuando la investigación del "contenido" demostrase que hipótesis aparentemente comprendidas en la literalidad de la fórmula, tienen que ser excluidas de la reglamentación por no coincidir con su sentido, es decir, por no responder a su finalidad: "La ley dice más de lo que ha querido decir". Se sostiene, pues, que la necesidad de la interpretación restrictiva aparece cuando, de incluirse en la ley la hipótesis dudosa, no se podría decir que la punición cumpliera su finalidad, o cuando esa inclusión quebrase la armonía del ordenamiento jurídico, desconociendo el principio de reserva o requiriendo que se varíe el claro sentido de otra ley conectada con la interpretada, llegándose así al reconocimiento de dispo-

siciones contradictorias (p.ej., que se interprete como prohibido lo que otra ley indica como permitido). La *extensiva* estaría justificada cuando la investigación del "contenido" de la ley demostrase que su literalidad no regula taxativamente hipótesis que implícitamente quedan comprendidas en ella: "La ley dice menos de lo que quiere decir". Su necesidad aparecería, pues, cuando la razón de ser de la punición de la ley se diera también en el caso no enunciado taxativamente.

En algún tramo de nuestra doctrina se confundió la interpretación extensiva con la analogía, concepto erróneo que llegó a algunos fallos de la Corte Suprema. Sin embargo, no son pocos los que muestran repugnancia a aceptar esta clasificación. Fontán Balestra sostuvo que en derecho penal es incongruente referirse a esas distintas clases, ya que sólo es posible admitir en él la interpretación declarativa, puesto que, precisamente, la función del intérprete es la de hacer coincidir la fórmula con el "contenido" de la ley. Para otros el carácter *estricto* de la ley penal, como expresión del principio de legalidad, rechaza toda posibilidad de pensar en una interpretación restrictiva o extensiva –calificaciones que son propias del criterio interpretativo que atiende a la voluntad del legislador, no de la ley–, con lo cual aquélla sólo podrá ser "estricta o rigurosa" (Bustos Ramírez). Invocando el límite semántico del texto, Zaffaroni descarta la interpretación extensiva "si por ella se entiende la inclusión de hipótesis punitivas que no son toleradas por el límite máximo de la resistencia semántica de la ley, porque ella sería analogía".

En cuanto a la reducción de toda interpretación de la ley penal a la declarativa, ello es cierto si se piensa que las conclusiones de los distintos procedimientos de interpretación no pueden ser contradictorias: tiene que alcanzarse un resultado de coordinación por medio de la aplicación de todos ellos. Ahora bien, es perfectamente posible que de esta coordinación pueda surgir la negativa a comprender en la fórmula legal hipótesis que, de tomarse su literalidad en sentido estricto, podrían considerarse previstas; el procedimiento teleológico puede indicarnos que en esas hipótesis no se da el ataque al bien jurídico tal como la ley lo ha concebido para punirlo: cuando castiga el hurto de vehículos dejados en la vía pública, en su literalidad podría quedar comprendida toda especie de vehículos, desde una motoniveladora hasta una "patineta"; pero si llegamos a la conclusión de que lo que la ley pretende es reforzar la protección de la tenencia para los vehículos cuyo empleo corriente y útil requiere "dejarlos en la vía pública", veremos que no es así; en tal caso se puede hablar

de una interpretación restrictiva, sin desconocer su literalidad, aunque tal denominación "figurativa" no sea del todo apropiada. También puede ocurrir que sin llegar a la analogía y sin forzar los límites semánticos de la ley, la conjunción de los distintos procedimientos interpretativos nos lleve a concluir que la ley ha empleado una expresión determinada en un sentido más amplio que el que puede surgir de su significado idiomático; por ejemplo, accede carnalmente a la mujer el que la penetra con su órgano sexual en orificios erógenos. Sin embargo, es posible comprender en el concepto de acceso carnal hechos que, según dicha acepción, serían de mera aproximación sexual, como el coito vestibular, si se considera que en él hay penetración en el cuerpo de la víctima –y, por tanto, "acceso"– aunque ello no coincida exactamente con la comprensión lingüística del término; entonces, aunque también figuradamente, podría hablarse de una interpretación extensiva.

§ 94. ***Dudas de interpretación y el principio "in dubio pro reo".*** – La abstracción de la ley, las circunstancias particulares de los casos que dificultan su concreción, el empleo en las fórmulas de expresiones plurifuncionales, etc., no dejan de plantear serias dudas al intérprete en muchas hipótesis.

Por ejemplo, nuestro Código Penal castiga como hurto "agravado" el que se realiza con escalamiento (art. 163, inc. 4°); escala el que con su esfuerzo vence la resistencia que oponen al apoderamiento resguardos que obligan a ascender (para algunos también a descender) al sujeto, empleando su energía, aunque fuere en medida mínima; quien no lleva a cabo el apoderamiento de esa forma, no queda comprendido en la agravante (es decir, quien no escala para apoderarse de la cosa: como puede ser el que emplea una caña con anzuelo que arroja sobre un tapial para enganchar la cosa y atraerla hacia sí). Pero, ¿qué ocurre en los casos en que no pudiéndose decir que el autor haya empleado una energía física ("personal"), supera igualmente el obstáculo para apoderarse de la cosa "con su persona"? (v.gr., el que lo supera empleando un helicóptero –ejemplo del juez Echauri–).

Ante tales dudas, ¿es posible determinar *a priori* cuál de los resultados no declarativos de la interpretación tendrá que primar sobre el otro?, ¿tiene que ser necesariamente restrictiva la interpretación de la ley penal? La solución de estas pregun-

tas se ha relacionado con la introducción del principio *in dubio pro reo* en el derecho penal, aunque tradicionalmente se lo reconoce en el derecho procesal a partir de las formulaciones liberales del siglo pasado para regir en materia de estimativa de la prueba, de donde se extendió a la interpretación de las mismas reglas procesales en general, ya que, en caso de duda, éstas tienen que ser interpretadas en la forma más favorable a la libertad del imputado.

Hay que aclarar que, si bien la cuestión planteada puede estar tangencialmente relacionada con la de la analogía *in bonam partem*, ello puede deberse más bien a una actitud subjetiva de algunos tratadistas, porque en verdad es algo totalmente diferente. Aquí no se trata de "crear" una ley para favorecer al reo, sino de elegir, entre las interpretaciones posibles de una ley, la que más lo favorezca. No deja de ser importante subrayarlo, puesto que en muchas exposiciones doctrinarias se habla indistintamente de analogía *in bonam partem* para referirse a ambas cuestiones.

Una corriente extiende el principio *in dubio pro reo* al derecho penal como regla de interpretación; según él en caso de duda siempre tendrá que prevalecer la interpretación que se presente como más restrictiva. La crítica que esta tesis ha merecido es la de que, al imponerse *a priori* un determinado resultado de la interpretación, destruye la esencia de ella, ya que bastará con indicar la mera posibilidad de una conceptualización amplia y otra restringida para que el intérprete se limite a seguir la segunda, es decir, no interpretará, sino que "elegirá" entre dos interpretaciones. Se advierte, por otra parte, que el rechazo de la interpretación extensiva se apoya, en cierta doctrina, en su confusión con la analogía –como ya lo señalamos– y se insiste en que ella debilita la función defensiva del derecho penal.

Asumiendo algunas de estas críticas, insisten otros en que es necesario distinguir situaciones que condicionarían la aceptación o el rechazo de la extensión del *in dubio pro reo* al derecho penal. Cuando la interpretación verse sobre cuestiones atinentes a la libertad, se impondrá la restrictiva; en los demás casos quedará librada la elección a la voluntad del intérprete (Manzini). Sin duda que esta tesis es susceptible de recibir exactamente las mismas críticas que la anterior, fuera de que

en derecho penal es muy difícil hallar cuestiones que no se refieran a la libertad, con lo cual prácticamente la elección de la interpretación restrictiva se convertiría en principo general.

Como una anécdota de la historia del derecho penal, puede recordarse la idea de ciertos positivistas que reclamaban la interpretación "benigna" (restrictiva) para los delincuentes ocasionales y pasionales, y la "liberal" (que para ellos podía tener sentido de extensiva) para los delincuentes locos, natos y habituales.

El principio *in dubio pro reo*, como indicamos, siempre operó y sigue operando en el ámbito procesal, si bien algunos códigos penales (como una reminiscencia del disgusto por el arbitrio interpretativo de los jueces) lo han introducido como regla; pero en el sistema penal en que no ocurre así –como en el nuestro–, no es admisible considerar la primacía obligada de la interpretación restrictiva. La extensiva (con el sentido que le hemos dado) tendrá que ser reconocida toda vez que la labor interpretativa demuestre que la hipótesis propuesta queda implícitamente comprendida en la regulación de la ley, aunque la ausencia de su enunciación expresa en la fórmula nos haya hecho dudar al respecto.

Aunque Zaffaroni es de los que creen que el principio *in dubio pro reo* tiene vigencia en derecho penal, no llega a una conclusión diferente de la propuesta. Pese a que, congruentemente con dicha afirmación, sostenga que "cuando el análisis de la letra de la ley dé lugar a dos posibles interpretaciones: una más amplia de punibilidad y otra más restringida... siempre tendremos que inclinarnos" a optar por el sentido más estricto (que sería el restringido), deja a salvo los casos en que "el sistema choque con la expresión entendida en su sentido estricto y se armonice con el sentido amplio", con lo cual la interpretación amplia se impondría en salvaguarda de la racionalidad del derecho. Y agrega que no puede entenderse el art. 18, C.N., como disposición que "otorga a la interpretación restrictiva un valor absoluto". Es, palabra más, palabra menos, la que acabamos de exponer en el texto, aunque el profesor de Buenos Aires rescate el principio *in dubio pro reo* al señalarnos que nos indica "la actitud que necesariamente debemos adoptar para entender una expresión legal que tiene sentido doble o múltiple", y que, en realidad, depende de planteos principistas (como, p.ej., el de mínima intervención), de los que se puede o no participar. Ultimando sobre este tema, Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*.

IV. ÁMBITO DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL

§ 95. *MATERIA COMPRENDIDA.* – En este apartado hemos de considerar tres temas: el de la validez espacial (para determinar hasta dónde se extiende la vigencia de la ley penal de un Estado, sobre todo en los casos en que la conducta delictiva se ha llevado a cabo fuera de su territorio); el de la validez temporal (para determinar si rigen excepciones que extiendan la vigencia de la ley más allá de los límites de su vida legislativa) y el de la validez personal y funcional (para determinar de qué modo y en qué medida funciona el principio de igualdad de la ley penal).

A) VALIDEZ TEMPORAL

§ 96. *REFERENCIA DE UNA LEY PENAL VIGENTE A UNA LEY DEROGADA.* – Aunque no se relaciona específicamente con el tema que vamos a tratar, es conveniente resolver antes esta cuestión, ya que ella puede importar la supervivencia de leyes derogadas. Puede ocurrir que una ley penal común, como es un Código Penal, remita a una ley especial que posteriormente se deroga, siendo reemplazada por otra o, al contrario, que sea la ley penal especial la que se remite a normas de un Código Penal que posteriormente es derogado y reemplazado, sin que a la vez sea derogada la ley que remite. La doctrina ha llegado a las siguientes soluciones: si es un Código Penal el que remite a una ley que es derogada, se entiende que la remisión queda hecha a la nueva ley, salvo que plantee una incongruencia tan importante que quite todo sustento a la ley que remite y sin perjuicio del simple "ordenamiento" de la remisión. Esto último ha ocurrido algunas veces entre nosotros a raíz de la confección de "textos ordenados" de algunas leyes especiales que otorgan a los artículos distintas nomenclaturas de las que tuvo en cuenta la ley de remisión, lo cual obliga al juez a determinar correcciones en dicha remisión. Si, por el contrario, es la ley penal especial la que remite a un Código Penal, que es derogado y reemplazado mediante una remisión expresa y específica,

como la disposición derogada ha entrado a formar parte de la ley especial, constituyéndose en un elemento de ella (p.ej., si la ley especial pena una hipótesis determinada como defraudación específica del art. 173, inc. 11, y éste fuese derogado), se seguirá aplicando la remisión pese a la derogación. Por supuesto que si se trata de una remisión genérica e implícita en virtud de normas del ordenamiento del sistema penal (p.ej., en razón del art. 4º, C.P.), la remisión de la ley penal especial se tendrá que entender hecha a las nuevas disposiciones que reemplacen a la derogada.

§ 97. *El problema de la sucesión de leyes penales y sus hipótesis.* – La cuestión se plantea cuando la ley vigente en el momento del fallo que regularía el hecho cometido, es distinta de la que regía cuando se lo cometió, modificando la situación jurídica del sujeto imputado. Ya veremos que en nuestro derecho también se considera la llamada "ley intermedia" –es decir, la que rigió entre el momento del hecho y el momento del fallo, reemplazando a la vigente en aquel momento y siendo reemplazada por la que rige en este momento– y las leyes que se suceden mientras dura la "condena" –es decir, el cumplimiento de la pena impuesta–, con lo cual tenemos que, en nuestro sistema, la cuestión de sucesión de leyes se extiende hasta el momento en que se extingue la pena.

El cambio de la situación jurídica del sujeto a quien se atribuye la comisión de un delito puede deberse a distintas circunstancias, entre las que se cuentan las siguientes hipótesis principales: *a*) que la nueva ley catalogue como delito una conducta que antes no era así considerada; *b*) que la nueva ley desincrimine una conducta tipificada como delito en la ley derogada; *c*) que la nueva ley, por atender a requisitos de punibilidad menos estrictos o por las consecuencias de punibilidad más rigurosas, agrave la situación del agente con relación a la que tenía en la ley derogada; *d*) que la nueva ley, por las mismas razones, convierta en menos gravosa la situación jurídica del agente con relación a la de la ley derogada.

§ 98. *Principios reguladores. Terminología.* – Para evitar cualquier confusión y ahuyentar pruritos idiomáticos, nos referiremos a la terminología que habremos de emplear, siguiendo

lo que es más común en la doctrina penal que corrientemente manejamos.

Se habla de *extractividad* de la ley para referirse a la aplicación de la ley fuera de su período normal de vida legislativa, esto es cuando su invocación en un fallo la hace aplicable cuando ya estaba derogada o se aplica una ley vigente en el momento en que dicho fallo se pronuncia pese a no haber estado vigente cuando el hecho se llevó a cabo. La aplicación extractiva de la ley penal puede importar su *retroactividad*, cuando el fallo aplica una ley que no estaba vigente en el momento del hecho, o su *ultractividad*, cuando el fallo aplica una ley ya derogada. Se ha indicado la impropiedad de este segundo vocablo, ya que la aplicación de la ley vigente en el momento del hecho, significa pura y simplemente la aplicación del principio de *irretroactividad* de la ley; sin embargo, aquél se sigue empleando, ya que muestra la supervivencia de la ley más allá de su período de existencia legislativa.

§ 99. *Tesis en orden a la sucesión de leyes.* – La tesis de la *irretroactividad* soluciona la cuestión pronunciándose por la aplicación de la ley del momento del hecho y en ella se distingue una versión absoluta y otra relativa. Para la tesis de la *irretroactividad absoluta* o *estricta*, se aplica siempre la ley del momento del hecho, sin consideración a las diferencias de consecuencias jurídicas, ya que fue durante su vigencia cuando quedó establecida la relación jurídico-penal. Para la de la *irretroactividad relativa*, si bien la ley aplicable como principio es la del momento del hecho, el principio se excepciona cuando la nueva ley que rige en el momento del fallo resulta más benigna para el imputado, puesto que –se dice– ésta es la que mejor responde a las necesidades actuales de la sociedad y sería inútilmente gravoso seguir aplicando reglas cuya existencia ha dejado de ser necesaria.

La tesis de la *retroactividad* soluciona el problema de sucesión de leyes por medio de la aplicación de la ley que rige en el momento del fallo. Si bien su versión *absoluta* tendría que sostener esa solución sin fisura alguna, como tal no se ha presentado en la evolución de la doctrina penal, porque hasta sus formulaciones más extremas, invocando la preservación del principio de legalidad, consideran inaplicable dicha ley si ella ha incriminado una conducta que según la ley que regía en el momento del hecho no era delito. La versión *relativa* de esta tesis aplica la ley

del momento del fallo, a no ser que la ley que regía en el momento del hecho fuese más benigna.

Como se ve, tanto la tesis de la irretroactividad relativa como la de la retroactividad relativa coinciden en la consagración del principio de *extractividad de la ley penal más benigna*. Prácticamente, pues, no se aprecian consecuencias disímiles en la aplicación de una y otra. Claro está que en un caso de sucesión de "leyes iguales" –o sea, cuando la nueva ley no cambia en nada la situación jurídica del imputado–, la tesis de la irretroactividad haría regir en el fallo la ley del momento del hecho y la de la retroactividad la vigente en el momento en que aquél se pronuncia, pero no se trataría entonces del problema de sucesión de leyes que nos preocupa y que aquí estudiamos.

El principio de legalidad, como indicamos, exige la aplicación irretroactiva de la ley, o sea, de la ley vigente en el momento del hecho; el principio de culpabilidad (Welzel) no se podría observar si se margina la aplicación de dicha ley; un fin de prevención general (Feuerbach) sería ilusorio sin ella; la certeza jurídica (Arroyo) quedaría desconocida y el sujeto no podría motivarse en la norma (Mir). Pero como el principio de legalidad importa una garantía para el individuo y el fin protector de bienes jurídicos del derecho penal tiene que ser actualizado (Bustos Ramírez), la exigencia de la "ley previa" no veda la aplicación retroactiva de una ley penal más benigna que, por un lado, extiende las garantías del individuo y, por otro, no desconoce la defensa "actual" de los bienes jurídicos. "Si el derecho penal –dice Zaffaroni– legisla... situaciones excepcionales en que el Estado debe intervenir... la sucesión de leyes que altera la incidencia del Estado en el círculo de bienes jurídicos del autor denota una modificación en la desvalorización de la conducta" y, entonces, no hay razón alguna para que el Estado siga ejerciendo el *ius puniendi* como antes lo hacía: no se presenta ninguna afectación de la seguridad jurídica por el hecho de que se aplique retroactivamente la ley penal más benigna.

§ 100. *Los cambios de jurisprudencia y la extractividad.* – El problema se plantea cuando un hecho ocurrido y fallado durante la vigencia de la misma ley es interpretado de modo más o menos gravoso para el imputado en el momento del uno con respecto al momento del otro. La aplicación del principio penal de extractividad no se considera operable en estos casos, pero últimamente una corriente de doctrina estima que se violaría la prohibición genérica de la aplicación retroactiva de la ley penal si una nueva interpretación más gravosa se emplease para juzgar el

hecho (ver Bacigalupo). Por supuesto que queda al margen de la cuestión la labor corriente de interpretación judicial (que un juez decida una nueva interpretación más gravosa que la que antes se solía aplicar); ella sólo puede estar referida a la "jurisprudencia vinculante", es decir, a la que resulta obligatoria para el tribunal que juzgue el caso, como ocurre en los acuerdos plenarios y sentencias de casación. Creemos, sin embargo, que es imposible reconocer aquí las consecuencias de la extractividad aunque, en algunas circunstancias (p.ej., sentencias que recaen en el mismo proceso, primero respecto de un partícipe y después respecto de otro que por cualquier causa no hubiera podido ser juzgado junto con el primero) la eventual diferencia pueda ser corregida por la vía extraordinaria del recurso de revisión, si importase contradicción.

No opina así Zaffaroni, quien cree que la jurisprudencia más gravosa no puede imponerse al caso que se juzga (si ella no existía en el momento del hecho), "porque media una ignorancia invencible del alcance prohibitivo de la ley; dado que los jueces han dudado sobre el mismo no se puede pretender que lo comprendiese acabadamente el procesado".

§ 101. ***Regulación de la sucesión de leyes en el derecho penal argentino. Principio general.*** – Éste es el de irretroactividad (*tempus regit actum*): la ley que rige la relación jurídica y que es la que debe aplicar el juez para resolver cualquier cuestión atinente a ella, es la que regía en el momento en que aquélla nació. Como regla general, en el derecho argentino éste es el principio que consagra el art. 3º, C.C., sin que las modificaciones que se han introducido en ella (ley 17.711) lo hayan alterado en algo. En el derecho penal en particular, se lo afirma como un efecto obligado del principio de legalidad. Como relación jurídica, puede decirse que la del "delito" nace cuando el autor observa la conducta penalmente tipificada; es en ese momento cuando, sobre todo, se delinea la culpabilidad en cuanto relación ("interna") de la ley con el hecho que servirá de base al juicio de reproche.

§ 102. ***Principio penal de excepción.*** – Pero, siguiendo los fundamentos precedentemente expuestos, el principio que rige la sucesión de leyes en nuestro derecho penal es el de *extractividad (retroactividad-ultractividad) de la ley penal más benigna* que haya estado vigente desde el momento de realización de la conducta hasta el momento en que se extingue la pena que se

haya impuesto por ella en su caso. Está consagrado ese principio en el art. 2º, Cód. Penal.

La doctrina argentina reafirma el concepto de que dicha norma no importa una violación del principio de legalidad incluido en el art. 18, C.N., ya que tiene "el sentido de impedir que alguien sea penado por un hecho que al tiempo de comisión no era delito, o de impedir que a quien comete un delito se le aplique una pena más gravosa que la legalmente prevista al tiempo de comisión", finalidad que no se ve desconocida por el efecto retroactivo de la ley penal más benigna (Zaffaroni).

En orden a nuestro derecho positivo, recordemos que también el principio de extractividad de la ley penal más benigna está consagrado por el art. 9º de la Convención Americana (ley 23.054), con una fórmula que nos parece menos perfecta que la del art. 2º, C.P., y que dice: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ella".

§ 103. *Los términos "a quo" y "ad quem".* – De lo expuesto se infiere una cuestión práctica inicial en nuestro derecho penal. El término *ad quem* de la sucesión de leyes penales no parece ofrecer dificultades interpretativas, ya que será relativamente sencillo determinar cuándo se ha extinguido la pena –eventualmente impuesta– por su cumplimiento o por cualquier otra circunstancia que produzca ese efecto; a partir de allí el sujeto imputado no podrá reclamar la aplicación de una ley más benigna que se sancione con posterioridad a ese momento (pero sí la que se haya sancionado con anterioridad a él, aunque la reclamación se produzca después de que la pena se haya extinguido, si quedan efectos de ella). Pero el término *a quo* plantea el problema de resolver varias cuestiones: ¿cuándo se considera "cometido" el delito para estimar la aplicación de la ley penal más benigna entre las que se pueden considerar intervinientes en la sucesión?, ¿se aplica la ley más benigna existente mientras se realizaban los actos preparatorios, impunes ante otra más gravosa sancionada cuando el autor ha penetrado ya con su conducta en actos ejecutivos propios de la tentativa punible? Parece algo muy claro que el término inicial del período sucesorio lo fijen los actos ejecutivos (es la ley más benigna existente en el momento de la tentativa con la que se juzga a ésta); la ley existente mientras duraron

los actos preparatorios impunes no integra la sucesión a los fines del art. 2°, C.P., ya que el agente no ha realizado aún la conducta típica que introduce la garantía del principio de legalidad. Por supuesto que si los actos de tentativa ascienden a consumación, es el momento de ésta el que se toma, salvo que haya una escisión temporal entre la realización de la conducta y el resultado (entonces la ley "de la conducta" integra la sucesión). Sin embargo, si actos integrativos de continuación o permanencia (delito continuado, delito permanente) son realizados cuando ha entrado en vigencia una nueva ley, ésta sería la integrante de la sucesión y no otra anterior más benigna, en cuya vigencia se inició la conducta delictiva; el principio de legalidad no se ve afectado porque la "conducta" siguió realizándose durante la vigencia de la nueva ley.

§ 104. *¿QUÉ SE ENTIENDE POR "LEY" A LOS FINES DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2° DEL CÓDIGO PENAL?* – Se entiende por tal "el total organismo jurídico que regula la imputación y sus consecuencias en un caso concreto" (Núñez). Ello significa que en el art. 2°, C.P., el vocablo *ley* no se puede concebir en el sentido de *ley formalmente penal*, sino que el concepto se extiende a todas aquellas disposiciones que vienen a integrarse –completándolo u otorgándole contenido jurídico– al tipo penal como figura, incluyendo, por supuesto, la de la determinación de la sanción, sea por aplicación del principio de plenitud organizada del sistema jurídico general, sea por remisiones expresas o implícitas de la misma ley penal, así como a todas las que en el caso habilitan el ejercicio del *ius puniendi*, que permite la aplicación efectiva de la sanción.

De acuerdo con ello, cuando el tipo penal tiene que ser "integrado" con leyes extrapenales, las variaciones de éstas plantearán también la cuestión sucesoria que tiene que ser resuelta en base al art. 2°, Cód. Penal. Cuando se trate de una ley penal en blanco, el cambio de la disposición que la complementa dará lugar asimismo a la aplicación de aquél, aunque la fórmula de la ley de remisión no haya variado.

De conformidad con lo que significa el principio de extractividad de la ley penal más benigna, esta solución nos parece incontrovertible, pese a que no ha dejado de debatirse en la doctrina extranjera (Manzini, Beling, etc.) y ha dado lugar a una jurispru-

dencia contradictoria entre nosotros, aunque ésta se refiere sobre todo a los problemas de las remisiones a leyes derogadas que hemos expuesto precedentemente.

En nuestra doctrina la cuestión más debatida ha sido la referente a ciertas normas de carácter "procesal", como la del art. 72, Cód. Penal. Los cambios de leyes han convertido delitos de acción pública ejercitable de oficio en delitos dependientes de instancia privada y viceversa (leyes 17.567, 20.509, 21.338, 23.077, 23.487). Una parte de la doctrina y la jurisprudencia, apoyándose en una identificación absoluta entre acción civil y acción procesal penal, considera que la reglamentación de ésta es siempre cuestión de procedimiento y, por tanto, teniendo naturaleza procesal la regulación del art. 72, C.P., se aplica a él el principio procesal de la permanencia de los actos precluidos y no el de extractividad de la ley penal más benigna del art. 2°, Cód. Penal. Otra dirección a partir de las características materiales que presenta la acción procesal penal y del carácter del acto de instancia como requisito de punibilidad, sostiene lo contrario. Compartimos esta última opinión.

§ 105. *LA CUESTIÓN DE LA LEY "SIN VIGENCIA".* – Las leyes que tienen que ser consideradas en la sucesión son, por supuesto, las actualmente vigentes o las que lo han sido. Puede ocurrir, sin embargo, que en el mismo momento en que se pronuncia el fallo, aunque se halle en vigencia una determinada ley, se haya sancionado otra ley más benigna, pero que todavía no haya entrado en vigencia por no haber sido publicada o por no haber transcurrido el plazo para que ello ocurra (art. 2°, Cód. Civil). Zaffaroni considera que la ley sancionada no vigente más benigna tiene igualmente que ser aplicada, ya que la postergación de su vigencia sólo tiene por objeto garantizar la publicidad para que sea conocida por quienes tienen que obedecerla, con lo cual, al ser más benigna, su aplicación a nadie perjudicaría. Por más racional que sea esta solución, no deja ella de enfrentarse con nuestro sistema de legalidad, aunque, en verdad, será muy difícil encontrar un tribunal que pronuncie un fallo aplicando una ley que está a punto de ser sustituida; por otra parte, aunque así ocurra, si el procesado es absuelto, no habrá materia que resolver, y si es condenado, normalmente existirá siempre la posibilidad de aplicar la nueva ley durante el período de ejecución de la pena, salvo situaciones muy excepcionales (condena de multa que queda ejecutada antes de la vigencia de la ley; pena privativa de libertad compurgada con la preventiva sufrida y que no produce consecuencias accesorias), solucionables por el juez con una actividad procesalmente "racional" de las partes.

§ 106. *¿CUÁL ES LA LEY MÁS BENIGNA?* – Para determinar la mayor o menor benignidad de una ley en comparación con otra u otras, hay que atender a todos los elementos que la integran y, por ende, prever todas sus consecuencias jurídicas respecto del sujeto imputado. Una ley penal puede ser más benigna que otra por los más variados factores: porque elimina la tipicidad penal de la acción, varía su naturaleza (p.ej., convierte un delito en falta), contenga mayores exigencias de punibilidad, amplíe la negativa de ésta (introduciendo nuevas causas de justificación), restrinja la punibilidad en las formas especiales de aparición del delito (tentativa, participación, concurso), aumente las situaciones en que se prevé la no imposición de la pena (excusas absolutorias), atenúe el menoscabo de bienes jurídicos que constituye la pena (variando la naturaleza –pena privativa de libertad por multa– o su medida), etcétera.

Sin embargo, no se pueden formular pautas de comparación *a priori*, es decir, que permitan determinar en abstracto cuál es la ley más benigna de entre todas las que intervienen en la sucesión, ya que una ley que así considerada puede parecer más benigna, al trasladarse al caso concreto, será tal vez susceptible de perder esa calidad al incidir en ciertos aspectos sobre la particular situación del agente, cuando su consideración en abstracto podía no revelarlo. Por ello, la tarea comparativa sólo tiene que ser realizada teniendo en vista el supuesto concretamente planteado para ser juzgado y es sobre él que deben especificarse las consecuencias que importaría la aplicación de cada una de las leyes sucesivas para poder seleccionar la más benigna.

§ 107. *PROHIBICIÓN DE COMBINAR VARIAS LEYES PARA FORMAR LA MÁS BENIGNA.* – El juez, una vez que lleva a cabo la tarea de comparación, tiene que elegir *una* de las leyes comprometidas en la sucesión como la más benigna para regular con ella el caso examinado en todas sus modalidades y consecuencias. No puede tomar institutos procedentes de distintas leyes intervinientes en la sucesión para regular con la mezcla de ellas el caso (p.ej., tomar el tipo de una y la pena de otra), ya que entonces no aplicaría *la* ley más benigna, sino que *crearía* una ley más benigna, lo que ni siquiera sería aplicación analógica de otra ley.

Sin embargo, admitiéndose la analogía *in bonam partem* y que ella pueda responder a la analogía *iuris*, la razón de ser de la prohibición –que por razones dogmáticas es la única posible en nuestro derecho– puede resultar comprometida. Dentro de aquella idea y en un orden general, aparece la opinión contraria que, *por ejemplo, Bustos Ramírez explica de esta manera:* "La combinación de leyes es admitida en el campo penal, ya que nunca hay una ley completa estrictamente, siempre el juez está configurando una *lex tertia*", con la "que no ataca ninguno de los contenidos del principio de legalidad y está de acuerdo con el principio de necesidad de la pena", por lo cual "no se ve razón para oponerse a la *lex tertia* que no es tal, *sino simple interpretación integrativa completamente admisible (en favor del reo) en la actividad judicial que puede aun llegar a la analogía favorable*" (este último destacado es nuestro).

La única excepción que en el derecho penal argentino se reconoce respecto de la prohibición, es la concerniente al *cómputo de la prisión preventiva*, ya que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 3º, C.P., aunque el juez aplique una ley como más benigna en cuanto a la configuración del delito y consecuencias de la punibilidad, si otra ley (que puede resultar más gravosa en esos aspectos) dispone un cómputo de prisión preventiva más favorable para el condenado, puede aplicar dicho cómputo juntamente con aquella otra ley, con lo cual combinaría dos de las leyes comprometidas en la sucesión.

§ 108. ***Ámbito de aplicación del principio de extractividad de la ley penal más benigna. Existencia de cosa juzgada.*** – No ha sido pacífico en la historia de la doctrina penal moderna el tema de la preponderancia del principio de extractividad sobre la cosa juzgada o viceversa. Para unos es preferible que prive la *intangibilidad de la cosa juzgada*, con lo cual la sentencia que ha pasado a ser firme (sin posibilidad de ser recurrida), cierra toda posibilidad de considerar la aplicación de leyes más benignas que entrasen en vigencia después de ese momento, es decir, mientras se cumple la ejecución de la pena impuesta u otras consecuencias de la condena.

Esta tendencia –profundamente arraigada en conceptos formales de seguridad jurídica– no desconoce que la solución que propugna puede provocar situaciones de gran injusticia (p.ej., cuando la nueva ley elimina el carácter delictuoso del hecho por

el cual se condenó), pero sostiene que ellas tienen que ser subsanadas acudiendo a medidas de orden político, sean legislativas (p.ej., amnistías) o propias de las facultades del poder administrador (p.ej., indultos); con todo, en el primer supuesto, el carácter general en que tiene que fundamentarse la ley, puede no estar justificado por la particularidad de los casos a resolver (en desmedro del principio de igualdad y del de generalidad), y en el segundo, el acto del poder administrador no extinguiría otros efectos de la condena que tienen repercusiones penales (p.ej., con relación a la reincidencia).

Una versión atemperada de esta tesis es la que, considerando primordial el respeto al principio de cosa juzgada, contempla excepciones a él por aplicación del principio de extractividad de la ley penal más benigna, que se producen cuando la nueva ley elimina la tipicidad penal del hecho por el cual se pronunció la condena y cuando, por las características particulares de la situación jurídica del condenado, no se justificaría mantener los efectos de aquélla, aunque en este último caso siempre y cuando la ley contemple expresamente la excepción.

Para la tesis opuesta el principio de extractividad de la ley penal más benigna tiene que primar sobre la cosa juzgada, con lo cual las regulaciones sobre sucesión de leyes operarán hasta el momento en que se extingan los efectos –penales– de la pena impuesta, es decir, mientras dura su "ejecución"; el límite funcional, pues, como vimos, se establece en el momento en que se opera la extinción de ellos por alguna de las razones que el derecho reconoce.

Es esta última la doctrina recepcionada por nuestra ley penal al disponer que "si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley" (art. 2°, párr. 2°, Cód. Penal).

No deja, sin embargo, de tener interés en nuestro derecho penal la diferencia que se aprecia entre la fórmula del párr. 1° y la del párr. 2° del art. 2°, C.P., ya que mientras aquélla dispone la aplicación de la ley más benigna sin retaceo alguno ("se aplicará siempre la más benigna"), ésta parece restringir dicha aplicación a la modalidad o medida de la pena ("la pena se limitará a la establecida por esa ley"). Por supuesto que sería una interpretación inadmisible del párr. 2° la que llevara dicha restricción a límites absolutos de raigambre puramente literal: la aplicación de la ley más benigna dictada durante la ejecución, no sólo cabe en

el supuesto de que la pena se ve disminuida, porque su monto es fijado por ella en menor medida o cambiada su naturaleza por otra menos grave (p.ej., prisión en multa), o cuando el cambio se produce por la inclusión del caso en un tipo de pena menos grave que aquel por el cual se pronunció la condena (p.ej., robo agravado que pasa a ser robo simple), *sino también en todas las hipótesis* en que la punibilidad desaparece por derogación del tipo que fundamentó la condena, porque en este caso la pena queda también "limitada" (aunque el término sea literalmente impropio). Parecería que, prácticamente, no quedaran casos en que la sentencia de condena no pueda ser reformada por aplicación de la nueva ley más benigna que haya entrado en vigencia después de ella, con lo cual la distinción en las fórmulas aparecería sin relevancia alguna, lo cual chocaría con los principios que rigen la interpretación; sin embargo, esas hipótesis no son inencontrables en nuestro derecho; así ocurre en todas aquellas en que la mayor benignidad de la ley responde a cambios en los requisitos de procedencia de la acción procesal penal (p.ej., cuando la condena se ha impuesto por un delito de acción pública ejercitable de oficio y la ley sancionada durante la ejecución convierte dicho delito en dependiente de instancia privada); en esos casos, si el *ius puniendi* ha sido ejercido a través de un proceso totalmente válido según la ley vigente en el momento en que se pronunció la condena, la firmeza de ésta cierra toda posibilidad de reforma; en ellos, por lo tanto, opera la limitación que surge del art. 2°, párr. 2°, Cód. Penal.

§ 109. ***Ley intermedia más benigna.*** – Es la que, entrando en vigencia después de realizado el hecho, resulta derogada antes de que recaiga sentencia en el proceso, consagrando mayores beneficios en la situación jurídica del imputado, tanto con referencia a aquélla como a ésta.

Una importante corriente de la doctrina –vertida sobre derechos positivos que guardan silencio sobre la cuestión– sostiene que la comparación para determinar la ley penal más benigna tiene que establecerse exclusivamente entre la ley vigente en el momento del hecho y la vigente en el momento del fallo, dejando de lado la ley intermedia, ya que ni el principio de legalidad impone su aplicación, ni la defensa social que se manifiesta en las normas penales justifica su inclusión en la labor comparativa, puesto que si se la ha derogado, es que se la consideró inoperante para atender a las necesidades actuales de dicha defensa social.

A esta opinión se ha contestado que, por lo menos, razones de equidad justifican la consideración de la ley intermedia y su eventual aplicación como ley más benigna, ya que el imputado no puede ser perjudicado por la demora del proceso.

Sin perjuicio de cuáles hayan sido las motivaciones del legislador, esta última tesis es la que sigue nuestra ley penal en el art. 2º: todas las leyes que se hayan sucedido entre el momento del hecho y el del fallo, tendrán que ser tenidas en cuenta y el imputado juzgado con cualquiera de ellas que resulte más benigna, aunque se trate de una ley intermedia.

§ 110. *Leyes temporarias.* – Respecto de ellas pueden plantearse las siguientes hipótesis: que una ley temporaria suceda a una ley común, que una ley temporaria suceda a otra temporaria, o que la ley común suceda a una temporaria (sea que la ley común resulte "nueva" o aparezca como un "renacimiento" de la ley existente antes de que se llevara a cabo el hecho por haber ocurrido en el momento del fallo la circunstancia de autoderogación de la ley temporaria). Las dos primeras no ofrecerían mayores dificultades: se aplican los principios generales que rigen la sucesión de leyes penales; se pronunciará el fallo aplicando el de extractividad de la ley penal más benigna.

Pero la tercera suscita dudas; se pregunta si es que –dado el carácter de la ley temporaria–, no sería posible sostener como regla la *ultractividad* irrestricta de ella, es decir, presentarla como excepción al principio de extractividad de la ley penal más benigna. Para mayor claridad, y reduciéndolo al caso más simple (el del "renacimiento" de la ley común después de producida la circunstancia de autoderogación de la temporaria), el interrogante puede formularse de esta manera: ¿se aplica la ley temporaria *más gravosa* a todos los hechos ocurridos durante su vigencia, aunque en el momento del fallo haya vuelto a regir la ley común más benigna? Las soluciones que se han propuesto en la doctrina son sumamente variadas.

Para unos la ley temporaria es *siempre ultractiva*, por su propia naturaleza: cualquiera que fuese el resultado de la labor comparativa, se la aplica a los hechos ocurridos durante su vigencia, aunque el fallo se dicte cuando ella ha cesado ya. Los

argumentos que esta tesis aporta se extienden en una gama bastante diferenciada: que si la solución fuese la contraria, en los últimos períodos de vigencia de la ley temporaria, la pena no produciría los efectos de prevención general, ya que el agente, al cometer el hecho en ella previsto, podría perfectamente tomar en consideración que no le correspondería su aplicación (contando con los plazos regulares del proceso); que el principio de "utilidad" que domina al derecho penal como instrumento de defensa social, tiene en cuenta que las normas sobre sucesión de leyes atienden al cambio de valoraciones que inspira a una ley respecto de otra, pero no se puede hablar de un cambio de ese orden cuando sólo se enfrenta un mero retorno al derecho común.

Para otros, la ley temporaria no puede constituir excepción al principio de extractividad de la ley penal más benigna; el derecho penal común de este signo, que ha vuelto a estar vigente en el momento del fallo, tiene que aplicarse retroactivamente a los hechos ocurridos durante la vigencia de aquélla, a no ser que el legislador haya previsto expresamente la ultractividad de la ley temporaria (Jiménez de Asúa). Ello es así –se dice– porque la ley temporaria no ha hecho más que "suspender" el derecho común; su renacimiento en el momento del fallo, cuando ya ha cesado la mencionada suspensión, es la razón de ser de su aplicación, tanto más cuanto tal renacimiento demuestra la desaparición de la necesidad social que motivó la sanción de la ley transitoria y, por consiguiente, la inocuidad social del hecho como factor de "peligrosidad social" (Manzini).

Unos terceros proponen que se distingan las leyes temporales de las excepcionales (fue el sistema seleccionado por el proyecto argentino de 1960 –Soler–): las primeras funcionarían siempre ultractivamente, aunque se tratara de una ley más gravosa que la vigente en el momento del fallo, ya que a su respecto se dan las razones de ultractividad que hemos expuesto. No así las segundas (a menos que el legislador haya incluido previsiones especiales sobre el tema): cuando una ley excepcional interviene en el conflicto sucesorio, éste se sigue rigiendo por el principio de extractividad de la ley penal más benigna, ya que siendo imposible predeterminar el límite final de su autoderogación (no se sabe cuándo va a desaparecer la circunstan-

cia social excepcional), las pautas de prevención siguen funcionando normalmente y, puesto que la vida social ha retornado a sus cauces, parece totalmente inútil el empleo de la punibilidad excepcional. Hemos participado de este criterio y también creído advertir una tendencia de nuestra jurisprudencia a utilizarlo.

Dicho criterio es aceptado también en la doctrina del derecho comparado: la ley temporal es *necesariamente* ultractiva para que no resulte inefectiva; tal necesidad procede de la "necesariedad de la pena", que es también base de la reglamentación sobre sucesión de leyes, lo cual no ocurre con la ley excepcional, dado su distinto modo de autoderogación (Bustos Ramírez, comentando el art. 24 del Cód. Penal español).

Otros tratadistas consideran que no es recomendable distinguir entre leyes temporales y excepcionales, "pues ambas plantean idénticos problemas para la realización de la ley penal" (lo cual no aceptamos), y aunque cualquiera de las opiniones a que nos hemos referido se apoya en interpretaciones posibles, "debe darse preferencia al criterio que excluye la aplicación del art. 2°, C.P. argentino... a las leyes temporales, pues permite llevar a cabo la finalidad perseguida por la ley penal temporal" (Bacigalupo).

Zaffaroni, aunque considera que no hay diferencia sustancial alguna entre la ley temporal (que llama "temporaria") y la ley excepcional (que llama "extraordinaria") –ya que se trata "de dos maneras de establecer límites temporales" y nada más (para nosotros, insistimos, producen efectos de otra categoría)– sostiene que en este momento de nuestra legislación y por aplicación de la Convención Americana (ley 23.054), cuyo art. 9° no reconoce excepción alguna al principio de extractividad de la ley penal más benigna, éste se aplica a todo supuesto de sucesión de leyes, incluso cuando interviene en él una ley temporal; en realidad el art. 9° citado deja las cosas en el mismo estado en que se encontraron siempre con la vigencia del art. 2°, C.P.; es más, por un lado aquel texto es menos perfecto que éste y ya hemos expuesto nuestras dudas sobre una pretendida jerarquización de la Convención por encima de la ley. Tampoco es aceptable para nosotros el argumento de Zaffaroni de que "en realidad las leyes temporales y excepcionales no tienen sentido, puesto que, si media una situación excepcional", bien puede tipificarse abstractamente una agravación de la pena –en el derecho común– "en circunstancias extraordinarias o excepcionales descriptas en abstracto", como ocurre, por ejemplo, con el hurto calamitoso en nuestro derecho, "sin que sea necesario acudir a una ley temporaria",

leyes que, por otra parte, "se justifican únicamente en el marco de un derecho penal intimidatorio". Esta última afirmación extrema el principio de mínima intervención hasta límites que no resistiría el sistema penal más democrático posible; aquélla implicaría requerir del legislador una clarividencia fuera de lo humano.

Sin atarse estrictamente a la distinción entre las leyes temporales y las excepcionales, Núñez sostiene, empero, que es necesario separar los casos de leyes cuya transitoriedad tiene pleno valor temporal (por establecer un plazo de vigencia de la punibilidad especial), de aquellas cuya transitoriedad obedece a condiciones sustanciales que, por razones de defensa, consagran una punibilidad especial sometida únicamente a ella. A las primeras se aplican con todo rigor los principios generales que rigen la sucesión de leyes penales: el derecho penal común más benigno funcionaría, entonces, retroactivamente en los términos del art. 2°, C.P.; en cuanto a las segundas, la solución dependería de si hay o no sentencia firme: si está producida la cosa juzgada, no podrá ser revisada a la luz del derecho penal común más benigno "renacido"; si el proceso está todavía en marcha, será, sin embargo, éste el que se aplicará en el fallo. Como se advierte, esta opinión sólo parcialmente coincide con la distinción que hemos expuesto en el texto.

§ 111. *LEYES INTERPRETATIVAS.* – Si se entiende que la ley interpretativa –en cuanto sea realmente interpretativa y no modifique el contenido de la ley que trata de interpretar– no es una nueva ley, sino que viene a ser integrativa de la ley interpretada, ni suscitaría una sucesión de leyes ni motivaría, por *consiguiente, la aplicación del art.* 2°, C.P.; *aunque desde luego* no podría afectar la sentencia firme, se aplicaría retroactivamente a los hechos cometidos antes de su vigencia cuando ésta exista en el momento del fallo, cualquiera que fuese la incidencia que tenga sobre la situación del imputado.

Otra fue la opinión de quienes, invocando el art. 4°, C.C., consideraban la ley interpretativa como ley "nueva", distinta de *la interpretada; la redacción de dicha norma parecía darles la razón* ("Las leyes que tengan por objeto aclarar o interpretar otras leyes, no tienen efectos respecto a los casos ya juzgados"), pero ese argumento gramatical-sistemático perdió fuerza al derogarse *dicha norma* (ley 17.711).

Sin embargo la doctrina expuesta en primer término no se muestra muy pacíficamente aceptada. Partiendo de los funda-

mentos de una interpretación *in bonam partem*, se ha sostenido que la ley interpretativa es retroactivamente aplicable cuando su texto beneficie al imputado con relación a la interpretación que era "decisivamente prevaleciente" antes de ella. Por el contrario, si la ley interpretativa perjudica al agente con relación a la interpretación que prevalecía antes de su vigencia, esta última se aplicará (ultractivamente) en el fallo, si el texto interpretado fue "de tal manera oscuro que... haya hecho prevalecer de manera decisiva otra de sus posibles significaciones, pues, en la duda, debe estarse en la situación más favorable al acusado" (Núñez).

Pero, planteadas así las cosas, la cuestión no se presenta como problema de sucesión de leyes, sino de "sucesión" de interpretaciones; por otra parte, ya hemos visto que, aun admitiendo la aplicación analógica de la ley *in bonam partem*, parece muy difícil hacerlo con una *interpretación in bonam partem* (que la reduciría a la restrictiva) y sin perjuicio de que, respecto del imputado, el tema pueda considerarse en la esfera de la teoría del error.

§ 112. *Medidas de seguridad.* – Tiene una larga tradición la tesis que excluye del principio de extractividad de la ley penal más benigna las leyes que disponen medidas de seguridad, afirmando que, a su respecto, se debe aplicar siempre la ley del momento del fallo; en ellas sólo la retroactividad será admisible. Se dice que el carácter defensivo de alguna de esas medidas y la dirección de otras en pos de una particular "terapéutica" del individuo que ha cometido un hecho penalmente típico, indican que se tienen que emplear las medidas que se consideran actualizadas (social y científicamente) para proveer a aquella defensa o a este tratamiento, siendo inútil imponer las que se consideran obsoletas y, por ello, han sido sustituidas. Además, se hace notar que si el principio de extractividad de la ley penal más benigna se compagina perfectamente con las leyes que designan penas mirando al pasado a través de la consideración de las particularidades personales del autor, las medidas de seguridad miran al futuro y encuentran su fundamento en la peligrosidad de él (corrigen para el futuro).

Se sostiene que esta doctrina es aplicable en el derecho penal argentino, ya que el art. 2°, C.P., se refiere exclusivamente

a "penas", aunque por lo común se excluye de la retroactividad la reclusión por tiempo indeterminado del art. 52, C.P., por su carácter híbrido que dificulta considerarla como medida de seguridad; en ese caso es de aplicación el principio de extractividad de la ley penal más benigna.

Otros tratadistas, sin embargo, proponen que se distinga entre las medidas que operarían siempre "en favor" del sujeto a quien se las impone (como serían las curativas y educativas) y las que tienen estricto carácter defensivo. Las primeras podrían aplicarse retroactivamente; las segundas observarían el principio de extractividad de la ley penal más benigna. Núñez considera que este criterio es aplicable a la ley argentina, ya que el art. 2° no contiene una prohibición específica de su recepción. Con todo, la distinción no es en modo alguno sencilla por el carácter complejo que presentan muchas de las medidas de seguridad.

Por supuesto que lo que no se puede poner en duda es la aplicación de la regulación del art. 2°, C.P., cuando la ley nueva crea un tipo penal al que asigna como consecuencia una medida de seguridad, de modo explícito o implícito, porque allí no sólo está en juego la medida de seguridad, sino la totalidad de la ley penal. La cuestión se plantea cuando la nueva ley cambia una medida de seguridad de una ley anterior por otra que puede considerarse mucho más gravosa para el sujeto que tiene que soportarla; la opción por la ultractividad de la ley anterior o por la retroactividad de la nueva no es fácil, puesto que, si por un lado la regla de eficiencia de la medida de seguridad indica lo último, la de menor incidencia sobre el sujeto tenderá a sostener lo primero. En verdad la solución dependerá del criterio que se tenga sobre la naturaleza de la medida de seguridad; si pensamos que tiene un carácter extraño al de la pena y que en ella el "delito" es sólo la "ocasión" legal de su imposición, parecería lógico quitarla de la esfera del art. 2°, C.P., salvo en los casos en que, por sus características, también asume calidad penosa (como ocurre con el art. 52, Cód. Penal). Tampoco sería posible pensar en la retroactividad de la nueva ley cuando ésta, en vez de modificar una medida de seguridad, crea una que antes no existía, ya que con ello se violaría el principio de legalidad que también cubre (hasta cierto punto)

las medidas de seguridad. Estas soluciones serían las que mejor coordinan el respeto al art. 18, C.N., con la eficiencia que se reclama para las medidas de seguridad en orden a la "prevención especial" y a la defensa de la sociedad.

Reconocemos, sin embargo, que la tendencia de la doctrina más moderna es la que opta por rechazar la retroactividad de las nuevas modalidades de medidas de seguridad, haciendo regir a su respecto, sin excepción alguna, el principio de irretroactividad, salvo el caso de mayor "benignidad" de la modalidad impresa por la nueva ley. Se sostiene que la circunstancia de no basarse en la culpabilidad del autor, no quita a la medida de seguridad su carácter penoso (Zaffaroni). "Las medidas de seguridad y las penas –dice Bustos Ramírez– independientemente de las finalidades para su aplicación, significan un mal para el sujeto y lo coartan en sus derechos; son expresión clara y última del poder sancionador del Estado; es por eso que ambas quedan abarcadas por el principio de legalidad", que impone la irretroactividad.

B) VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL

§ 113. ***DERECHO PENAL INTERNACIONAL.*** – La coexistencia de los ordenamientos penales de los distintos Estados, sobre todo en un mundo con comunicaciones y transportes de enorme fluidez, produce un gran número de casos (delitos a distancia, de tránsito, de comunicaciones, etc.) que presentan dudas sobre cuál de los ordenamientos comprometidos tiene que ser aplicado. Precisamente para resolverlas, cada sistema penal nacional procura determinar su alcance espacial, regulando su ámbito de vigencia, es decir, determinando la extensión de la "jurisdicción" de la propia ley y, por supuesto, de los órganos del Estado que la aplican. A la vez, normalmente dicho ordenamiento jurídico penal dispone medidas de auxilio a prestar a otros Estados para facilitar la represión internacional del delito. Tal es el contenido de lo que tradicionalmente se denomina *derecho penal internacional*, cuyos titulares de legislación son los Estados y cuyas normas son de carácter interno de ellos, que se distingue, por tanto, del *derecho internacional penal*, que sería una parte del *derecho internacional público*, en el que la comunidad internacional ostenta el carácter de legislador, sus normas son internacionales y normalmente regula los delitos de

ese carácter por sus efectos sobre la humanidad y no simplemente sobre los súbditos o intereses de un determinado Estado (como el genocidio, los crímenes de guerra, etcétera).

§ 114. ***Delitos con conflictos jurisdiccionales. Principios reguladores.*** – Como hemos señalado, hay delitos cuyas particulares circunstancias de ejecución requieren la aplicación de la ley penal del Estado a hechos cometidos fuera de su territorio, ya porque el resultado disvalioso se produce en él, ya porque siendo parcialmente ejecutados en él, su *iter criminis* termina en otro, etcétera. Cada Estado determina en su ley el alcance espacial que quiere darle, sin perjuicio de la regulación que puede provenir de los convenios internacionales. Los principales principios reguladores de tal alcance que han aparecido en la evolución del derecho y que hoy se emplean en el derecho comparado, son los que a continuación vamos a ver.

a) *Principio territorial.* Para este principio lo que decide la aplicación de la ley penal del Estado es el lugar de comisión del delito: dicha ley penal se aplica a los delitos cometidos dentro del Estado o en los lugares sujetos a su jurisdicción, entendiéndose por tales aquellos en los que el Estado ejerce facultades legislativas, sin que importe para nada la condición del autor o del ofendido, ni la "nacionalidad" del bien jurídico afectado.

De conformidad con ello es claro que lo que limita la aplicación territorial de la ley es el *concepto jurídico de territorio*, que no coincide necesariamente con su extensión física, ya que aquél se extiende a todos los lugares sobre los que el Estado ejerce su "jurisdicción" legislativa y judicial: las tierras comprendidas dentro de los límites que internacionalmente le son reconocidos, el mar territorial, el espacio aéreo sobre ellos, las naves y aeronaves públicas y privadas con pabellón nacional que se encuentren en alta mar (mar libre) o en su espacio aéreo y los lugares donde, por convenio internacional, ejerce dicha jurisdicción.

Claro está que el problema inicial que plantea el principio territorial es la determinación del "lugar de comisión del delito", lo cual examinaremos al exponer su teoría.

b) *Principio personal o de la nacionalidad.* En él lo decisivo es la nacionalidad de los sujetos que intervienen en la relación jurídica originada por el delito. Considera que la ley del Estado sigue al nacional dondequiera que él se encuentre; en otras palabras, los individuos son portadores de su propio estatuto personal.

En relación a dicho principio se han distinguido dos pautas referenciales que diversifican su contenido: según el principio de nacionalidad *activo*, lo que determina el alcance espacial de la ley penal es la nacionalidad del autor del delito; según el principio de nacionalidad *pasivo*, el nacional está siempre protegido por la ley penal de su Estado y, por tanto, el alcance espacial de ella se extiende en función del ofendido (sujeto pasivo) por el delito, cualquiera que sea el lugar de su ejecución. Esta última expresión del principio de nacionalidad ha sido considerada como una forma extrema del principio real o de defensa; en éste se ha reconocido en algunos derechos una versión en que el alcance de la ley penal está signado por la pertenencia del bien protegido a un nacional, lo cual, a su vez, presentaría una intelección del principio real desde el punto de vista del de la nacionalidad.

c) *Principio real, de protección o de defensa.* En verdad el principio de defensa es una derivación "objetiva" del anterior: lo decisivo en él es la nacionalidad del bien protegido; la ley penal ampara los "intereses nacionales"; por tanto, rige ella en todos los casos en que el delito vulnera o amenaza uno de esos intereses, cualquiera que sea su lugar de comisión y sin que interese la nacionalidad del autor (o del sujeto pasivo, si por otras razones el bien puede considerarse "nacional").

Por supuesto que la cuestión básica que tiene que ser resuelta en torno a este principio es la de qué bienes jurídicos "nacionales" se tienen que tomar en cuenta para discernir la ley aplicable. Como vimos, una tesis extrema comprende en él cualquier clase de bienes, sea que su "nacionalidad" provenga de su carácter público, sea que se origine en su pertenencia a nacionales del Estado. Para otra, sólo algunos de esos bienes dan lugar a la aplicación de la ley penal del Estado, que generalmente se reducen a los consustanciados con la organización, preservación y actividades fundamentales del Estado (in-

tegridad territorial, defensa, moneda, etc.); es habitual que para determinarlos las leyes enuncien taxativamente esos bienes o los delitos que se rigen por el principio para evitar dificultades interpretativas (lo cual no ocurre en nuestro derecho).

d) *Principio universal o cosmopolita.* Según este principio, la ley penal del Estado tiene eficacia extraterritorial absoluta: ella se aplica a cualquier delito, cualquiera que sea el lugar de comisión, la nacionalidad del autor o el carácter y pertenencia de los bienes jurídicos que ataca. En su manifestación más moderada, se apoya la justificación de la absoluta extraterritorialidad de la ley penal en las hipótesis en que el delito compromete bienes que pueden considerarse pertenecientes a la humanidad (los hoy llamados "internacionales", como la piratería, trata de blancas, etc.); esos casos no son comúnmente enunciados taxativamente (tampoco ocurre entre nosotros). La posición más extrema extiende la aplicación de la ley del Estado a todo delito, partiendo de la idea de que siempre la infracción penal afecta a la humanidad, cualquiera que sea su carácter; esta última versión no tiene repercusiones legislativas serias que conozcamos.

Desde el punto de vista de la política del derecho, es indudable que el principio tiende a la formación de un derecho internacional que limite la autonomía "territorial" de las legislaciones penales nacionales. Ha sido, justamente, esta pretensión la que plantea las mayores dificultades prácticas para la aplicación del principio (haciéndola depender de que el Estado consiga poner mano sobre el autor del delito para juzgarlo con su propio derecho interno y por sus tribunales), puesto que así se lo ve como una intervención en las cuestiones internas de otros Estados.

> Por ello es que la decisión unilateral de un Estado "de aplicar su derecho penal sobre la base del principio universal o cosmopolita se considera jurídicamente infundada" (Oheler, Cobo del Rosal - Vives Antón; sobre el tema, ver Bacigalupo).

§ 115. ***Los principios en el derecho penal argentino. Principio territorial.*** – Es imposible encontrar en el derecho comparado un sistema que contenga consagrado uno solo de estos principios; siempre las normas de derecho penal internacio-

nal presentan una combinación de varios o de todos ellos. Así ocurre en nuestra legislación.

a) *Territorial.* No obstante lo antedicho, podemos afirmar que el principio básico sobre el cual se estructura la vigencia espacial de la ley penal argentina es el territorial. El art. 1°, C.C., dispone que "las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes"; la versión penal de esta "territorialidad" de la ley la hallamos en el art. 1°, C.P.: "Este Código se aplicará: *1°*) por delitos cometidos... en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción". El problema dogmático de saber cuándo el delito se considera "cometido" en dichos lugares, como dijimos, lo expondremos más adelante.

b) *Principio real, de protección o de defensa.* La doctrina mayoritaria considera que este principio está consagrado en dos cláusulas del art. 1°, Cód. Penal: en cuanto declara aplicable la ley argentina a los "delitos... cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción" (inc. 1°), y en cuanto declara aplicable también dicha ley a los "delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo" (inc. 2°).

> Niega Bacigalupo que la expresión "efectos del delito" implique la consagración del principio real, ya que "sólo puede referírsela a la teoría de la ubicuidad (para determinar el lugar de comisión) y, por lo tanto, no cabe sino interpretarla en el contexto del principio territorial", afirmación que, en todo caso, depende del concepto que otorguemos a la voz "efectos", que exponemos a continuación.

La ausencia de una enunciación expresa de los delitos que se regirían por el principio que venimos explicando en el derecho penal argentino, nos plantea dos problemas básicos, el primero de los cuales es, como dijimos, el de determinar qué hay que entender por "efectos" del delito en la fórmula del art. 1°, Cód. Penal. El debate ha sido extenso y complicado en nuestra doctrina, pero la más cercana a nuestra época y la jurisprudencia que se puede considerar mayoritaria, parecen haber lle-

gado a la conclusión de que por "efectos" del delito hay que entender los "resultados" de él: la ley penal argentina se aplicaría, pues, a todo delito cuyo resultado de daño o peligro se concretase en el territorio de la República o lugares sujetos a su jurisdicción. En ese sentido no dejarían de tener razón quienes ven en la cláusula examinada una particular versión del principio territorial.

Sin embargo, es menester formular algunas distinciones. Los llamados "delitos a distancia", en que hay un resultado producido en territorio nacional de una acción realizada en territorio extranjero, porque aquél recae sobre un "objeto" situado en el primero (el disparo realizado a través de la frontera, el ardid estafatorio que produce un perjuicio económico al titular de bienes domiciliado con sus negocios en la República, etc.) y que da lugar a la aplicación de la ley argentina, son solucionados, sin duda, por medio de la aplicación del principio territorial. Pero hay otros delitos cuyos resultados materiales pueden no recaer sobre objetos situados en la República y que, sin embargo, pueden incidir en la afectación de bienes jurídicos que son fundamentales para el Estado (p.ej., la falsificación de moneda argentina en el extranjero) y otros cuyos resultados revierten sobre aspectos inmateriales que producen idéntica afectación (p.ej., delitos que comprometen la paz y dignidad de la Nación); es a ellos a los que se aplica la ley argentina en virtud del principio real. Lo que en este momento escasamente se pone en tela de juicio es negar que queden comprendidos en la solución que él da, los delitos cuyo "agotamiento" puede producir repercusiones en el país y que atañen exclusivamente a intereses de carácter francamente individual (p.ej., propiedad) o aquellos cuyos resultados sólo pueden adquirir repercusiones locales (p.ej., incendio).

En cuanto a la cláusula del inc. 2º del art. 1º, C.P., es evidente que con ella se ampara la incolumidad de la función y, por tanto, la ley argentina será aplicable cuando el delito, además de ser cometido por un autor que tenga el carácter de agente o funcionario, esté, por la propia naturaleza de la acción o por sus circunstancias, referido a ella, ya se trate de un abuso, de una infidelidad o de un mal desempeño de ella (p.ej., malversación de caudales, exacciones, incumplimiento de los

deberes del cargo, negociaciones incompatibles con la función, etcétera).

El hecho de que la disposición funde la reglamentación en los deberes especiales del cargo, no excluye que ella sea, al fin, una aplicación del principio real o de defensa (parece dudar Bacigalupo), porque según aquélla, la vigencia espacial de la ley argentina en el caso, si bien exige ese requisito, no significa el reconocimiento de ninguno de los otros principios: el territorial está descartado –ni siquiera se requiere un "efecto" material producido en el país por el delito– y el de nacionalidad carece de toda influencia –el autor puede o no ser un nacional–.

c) *Principio personal o de la nacionalidad.* Señálase que en nuestro derecho ha sido reconocido por el art. 3°, inc. 1°, de la ley 1612, que declara improcedente la extradición del nacional, aunque se trate de un ciudadano nacionalizado antes de la comisión del delito, y por el art. 669, Cód. Proc. Penal de la Nación, que otorga al nacional, del cual el Estado extranjero solicita la extradición, la facultad de optar por ser juzgado por los tribunales argentinos, que aplicarán la ley argentina para juzgar un hecho cometido fuera del territorio de la Nación; dicha ley se extiende, pues, en base a la nacionalidad del autor.

d) *El derecho penal "por representación".* El tema que acabamos de exponer nos conduce a dar noticia del llamado *derecho penal por representación.* En realidad no se trata de un principio que rija el ámbito espacial de vigencia de la ley penal, sino la consecuencia de principios que excluyen la posibilidad de aplicación de la ley del Estado extranjero por delitos cometidos en él; el tribunal argentino que juzgue el caso según la ley argentina (art. 5°, ley 1612), aplica un derecho penal que "representa" al de dicho Estado.

e) *Principio universal o cosmopolita.* Se entiende consagrado por la mención del art. 102, C.N., a los delitos cometidos "fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes". Con ello se advierte, por un lado, la restricción del principio a los delitos internacionales. Por otro, la ausencia de una enunciación expresa de la ley argentina de los delitos a los que se aplicaría el principio, obliga, en todo caso, a recurrir a los instrumentos internacionales conformados por la República para determinarlos (p.ej., en el orden del derecho interno se

ha debatido su extensión al delito de piratería de los arts. 198 y 199, C.P., como se verá en la Parte Especial).

§ 116. *EL ÁMBITO ESPACIAL DE VIGENCIA DE LA LEY PENAL ARGENTINA EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**. – En primer lugar, y desde la perspectiva del principio de territorialidad, el ámbito espacial de vigencia de la ley penal aparece determinado por los distintos tratados concluidos con los Estados vecinos a fin de determinar los límites del territorio nacional.

En segundo lugar, vinculados al principio de personalidad de la ley penal argentina, inciden directamente sobre la misma las siguientes Convenciones: sobre relaciones diplomáticas, Viena, 1961 (aprobada por el decr. ley 7672/63); sobre relaciones consulares, Viena, 1963 (aprobada por ley 17.081); sobre misiones especiales, Nueva York, 1969 (aprobada por ley 19.082) y sobre representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal, Viena, 1975 (aprobada por ley 22.365). Todas ellas en cuanto contienen normas referidas a la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos.

Finalmente encontramos, en relación al principio universal o cosmopolita, una gran variedad de instrumentos que en los últimos años no sólo se ha visto incrementada sino también enriquecida por la intervención de mecanismos de control internacional, recepción de denuncias contra los Estados partes y la creación de una instancia jurisdiccional internacional.

Dentro de este grupo, vinculan a nuestro país:

a) Instrumentos que abren una instancia jurisdiccional internacional como los siguientes: Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1969, aprobada por ley 23.054, cuyo art. 2° reconoce la competencia de la Comisión Internacional de Derechos Humanos para recibir denuncias de particulares contra la República Argentina (procedimiento de investigación, instancia administrativa) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer en una causa seguida por la Comisión u otro Estado parte que en condiciones de reciprocidad haya aceptado tal competencia (procedimiento jurisdiccional).

b) Instrumentos que establecen una instancia de control internacional:

* Por el profesor Juan Varisco Bonaparte.

1) Convenios sobre derechos humanitarios para la protección de las personas en caso de conflictos armados, Ginebra, 1949, aprobados por la ley 14.442.

Son cuatro convenios que respectivamente regulan la situación de: heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas; heridos, enfermos y náufragos; prisioneros de guerra; población civil, y que imponen a los Estados parte la obligación de sancionar con penas graves las violaciones. Tiene especial importancia el art. 3°, común a los cuatro convenios, que impone las reglas mínimas que deberán ser observadas en caso de conflictos *sin* carácter internacional, básicamente referidas al tratamiento de prisioneros tomados en caso de guerra civil, enfrentamientos internos, etcétera. Su cumplimiento es controlado por personal del Comité Internacional de la Cruz Roja, el que se encarga de elaborar informes sobre la conducta de los Estados parte y, en su caso, los grupos participantes en un conflicto sin carácter internacional.

2) Pacto internacional de derechos civiles y políticos y protocolo facultativo, Nueva York, 1966, aprobado por ley 23.313, ratificado el 8 de agosto de 1986. Establece tres procedimientos de contralor internacional, de los cuales el contenido en el protocolo contempla la posibilidad de recibir denuncias de particulares afectados.

3) Protocolos I y II adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 - Ginebra 1977, aprobados por ley 23.379.

Mantienen el control por los representantes del Comité Internacional de la Cruz Roja. El Protocolo II constituye un desarrollo integrativo del art. 3° común a los cuatro convenios.

4) Convenios contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Nueva York, 1984, aprobados por ley 23.338, ratificada el 2 de setiembre de 1986. Establece un Comité Internacional con competencia para recibir e investigar denuncias (art. 20) contra un Estado parte, formuladas por otros Estado parte en condiciones de reciprocidad (art. 21) o de particulares damnificados (art. 22). Argentina ha reconocido expresamente esta competencia.

c) Instrumentos que tienen una norma de interés universal, ya sea porque están en juego principios básicos que ofenden a la humanidad en su conjunto, o porque aparece afectado un interés básicamente internacional (aunque hay casos en que ambos se confunden). Citaremos algunos·

1) Convención para la protección de cables submarinos, París, 1884, ley aprobatoria 1591.

2) Convenio de Tokio sobre infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves, 1963, aprobado por ley 18.730.

3) Convenio de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, 1970, ley aprobatoria 19.793.

4) Convenio de Montreal para la *represión de ilícitos contra* la seguridad de la aviación civil, 1971, aprobado por ley 20.411.

5) Convención única sobre estupefacientes, Nueva York, 1961, aprobada por decr. ley 7672/63 y Protocolo modificatorio, Ginebra, 1972, aprobada por ley 20.449.

6) Convenio sobre sustancias psicotrópicas, Viena, 1971, aprobado por ley 21.704.

7) Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, París, 1948, aprobada por decr. 6286/56.

8) Convención para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, Nueva York, 1951, aprobada por ley 11.925.

9) Convención suplementaria de abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, Ginebra, 1956, aprobada por decr. ley 7672/63.

10) Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, Nueva York, 1965, aprobada por ley 17.722.

11) Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen del "apartheid", Nueva York, 1973, aprobada por ley 23.221.

§ 117. ***Extradición****. – Es la institución jurídica configurada por "la entrega formal de una persona por un Estado a otro Estado para su enjuiciamiento o sanción" (Harvard Research Draft Convention on Extradition– 9 AJIL-supl. 15, 21-1935).

Desarrollando un concepto más explícito y completo, se afirma que es "el procedimiento en virtud del cual un Estado entrega determinada persona a otro Estado, que la requiere para someterla a su jurisdicción penal a causa de un delito de carácter común por el que se ha iniciado proceso formal o le

* Por el profesor Juan Varisco Bonaparte.

han dispuesto condena definitiva" (ver Podestá Costa-Ruda, *Derecho internacional público*, I, p. 426, § 126).

Su fundamento lo encontramos en el interés común a toda la Comunidad Internacional en perseguir y reprimir a los delincuentes comunes que, al atentar básicamente contra los derechos privados, como el derecho a la vida, a la integridad, al honor, la libertad o los bienes de las personas, constituyen un peligro potencial no sólo para la comunidad estatal que lo persigue, sino también para toda manifestación social humana.

De ahí la exclusión de los delitos políticos, por cuanto éstos sólo atentan contra un orden político determinado y no se presentan como un peligro para todas las comunidades políticas en general. Y también aquí tenemos la justificación de la reinclusión de los "delitos antisociales", como el terrorismo, el genocidio, los crímenes de guerra, por cuanto sus autores no sólo se manifiestan como peligrosos para el Estado contra el que atentan, sino que, en la prosecución de sus fines, no vacilan en atentar contra cualquier medio social.

La extradición se rige por normas jurídicas expresas. En tal sentido, importa la existencia de un tratado que regulará las relaciones entre los Estados por él vinculados. En su gran mayoría se trata de acuerdos bilaterales, pero también encontramos varios de carácter colectivo. Otra posibilidad la tenemos en las convenciones que contienen cláusulas referidas a la extradición en los casos a los que expresamente se refieren. Por último cada Estado cuenta con su propia ley que rige la materia en el derecho interno. Cabe destacar que las normas que regulan la materia tanto en derecho internacional como en los derechos internos, han llegado a una generalización de la misma que posibilita la elaboración doctrinaria de ella.

Es de señalar que, en caso de existir tratado vigente, las estipulaciones expresas de éste prevalecen sobre la legislación interna.

De las normas contenidas en los tratados y legislaciones internas pueden deducirse un conjunto de principios relativos a la materia, susceptibles de ser sometidos a un análisis doctrinario.

En primer lugar, resulta imperativo que el Estado requirente impute al individuo cuya extradición procura, la comisión

de un delito, ya sea como autor, cómplice o encubridor. La calificación del hecho delictivo debe aparecer como tal en ambos ordenamientos. No hay una regla general sobre la enumeración de delitos comprendidos. En segundo lugar, no debe tratarse de un delito político o conexo. El problema en este punto se ha centrado en la determinación del carácter "político" del hecho en cuestión. Una primera restricción vino por el problema que suscitaban figuras como la traición, el espionaje en favor del enemigo o la inteligencia con éste. En general se exige que en todo caso predomine el elemento político sobre el común.

Una excepción generalizada al principio, la constituye la llamada "cláusula del atentado", en virtud del cual no revisten carácter político el atentado contra la vida de un jefe de Estado o de miembros de su familia. La otra gran excepción la configuran los delitos "antisociales", básicamente el terrorismo, en razón de que quienes recurren a estas prácticas, no atentan contra un fenómeno político particular y localizado, sino contra toda organización social que no se ajuste a sus pautas.

En tercer lugar, se exige que la acción penal subsista, esto es, que no haya mediado amnistía o indulto, o que no haya prescripto la acción o la pena.

Hay varios requisitos con relación a las condiciones personales del individuo reclamado. En primer lugar, está el problema de la nacionalidad. En general se ha extendido la fórmula que prohíbe la extradición de nacionales.

En segundo lugar, la persona no debe haber sido o encontrarse procesada por el mismo hecho en el Estado requerido. Esto es consecuencia de la apelación del principio *non bis in idem*. Igualmente, el pedido de extradición queda paralizado en caso de procesamiento en el Estado requerido por otro delito. La suspensión del trámite se extiende hasta el fin del proceso y en su caso el cumplimiento de la pena impuesta. Como excepción, se puede permitir el traslado provisorio para que pueda proseguir el procesamiento en el Estado requirente, bajo obligación de reintegro.

El Estado requirente está limitado a reprimir sólo por el hecho por el cual se solicitó y se concedió la extradición. En

esto, la voluntad del Estado requerido tiene efectos limitativos y el contralor se ejerce a través de la notificación de la sentencia.

La denegación de la extradición hace cosa juzgada con relación al hecho concreto y a la persona.

Generalmente se establece que en el caso de corresponder la pena de muerte, se aplicará la inmediata inferior.

Cuando más de un Estado solicita a la misma persona, la regla general establece prioridad del Estado en cuyo territorio se cometió el hecho. Si los pedidos responden a distintos hechos, se da prioridad al Estado que reclama por el hecho más grave; si los hechos son de similar gravedad, se prefiere al que primero solicita.

Siempre se sigue la vía diplomática. Al momento de formalizar el reclamo deben acompañarse todos los documentos pertinentes. La práctica impone el adelanto del pedido por vía telegráfica.

En cuanto a la autoridad competente para concederla, puede ser la autoridad judicial (caso de la Argentina) o el Poder Ejecutivo, incluso podemos hablar de un sistema mixto con participación de órganos de los dos Poderes. En todo caso se trata de un punto que cada Estado resuelve de conformidad con su derecho interno.

Finalmente cabe señalar que, concedida la extradición, el Estado requirente debe proceder al traslado del individuo en un plazo perentorio, cumplido el cual la persona queda libre.

C) Limitaciones funcionales de la ley penal

§ 118. ***El principio de igualdad y sus limitaciones respecto de la ley penal.*** – El principio de igualdad ante la ley contenido en el art. 16, C.N., determina que en igualdad de circunstancias y condiciones hay que aplicar la misma ley a todos los habitantes de la Nación, principio que, por otra parte, es corroborado por el art. 1º, Cód. Civil. Sin embargo, su aplicación se ve restringida en algunos casos por razones de carácter funcional; en nuestro derecho no existen limitaciones de carácter personal.

No hay que confundir tales supuestos con inmunidades de carácter procesal de que gozan, también por razones funcionales, ciertos sujetos, como determinados funcionarios del Poder Ejecutivo, legisladores y jueces, que no pueden ser perseguidos procesalmente en causas penales hasta que no se realice un pre-juicio (juicio político, enjuiciamiento de jueces con acuerdo), que si termina en la quita de la inmunidad, habilita la persecución penal.

Las limitaciones a la aplicación de la ley penal por razones funcionales proceden del derecho interno y del derecho internacional.

§ 119. *LIMITACIONES FUNDADAS EN EL DERECHO INTERNO.* – El art. 60, C.N., dispone que "ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador".

Dicha exención presenta los siguientes caracteres: *a*) es *permanente*, ya que no cesa cuando el legislador ha terminado el mandato (aunque deje de ser legislador, nunca podrá ser penalmente perseguido por los delitos cometidos en las circunstancias de su exención); *b*) es *absoluta*, ya que ni el legislador puede renunciar ni la Cámara privarlo de ella: la única excepción que se reconoce es la del delito previsto por el art. 29, C.N.; c) se extiende a todas las expresiones de la función legislativa que importen emitir opiniones o pronunciar discursos (votos, ponencias verbales y escritas, actitudes en sesiones y reuniones de comisión, etc.), en cuanto estén relacionadas con la función (no bastaría que ésta apareciera como simple ocasión de la comisión del delito –p.ej., lesiones cometidas en el recinto en medio de un debate–, es necesario que la conducta "pertenezca" a los actos funcionales).

La forma en que está redactada la cláusula constitucional de exención bloquea la punibilidad, impidiendo la perseguibilidad; por tanto, el hecho en sí no pierde su carácter delictivo; sigue siendo una conducta antijurídica, culpable y abstractamente castigada con pena; por eso contra ella cabe la legítima defensa y los partícipes que no posean la condición de legisladores pueden ser castigados.

Otra es la opinión de Zaffaroni, para quien la disposición constitucional determina la atipicidad penal de la conducta, con lo cual las consecuencias que enumeramos precedentemente no se producirían. Ni siquiera acepta él que sea procedente la indemnización, pese a que reconoce la permanencia del carácter antijurídico de la conducta. Dicho criterio, a nuestro juicio, de ninguna manera puede apoyarse en la fórmula legal; el límite semántico de la norma opera con total rigidez en este caso.

§ 120. *LIMITACIONES FUNDADAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.* – Están constituidas por las exenciones que corresponden a los jefes de Estado extranjeros, sus embajadores y ministros plenipotenciarios. En verdad es impropio caratular esta exención como limitación a la aplicación de la ley penal, ya que se trata más bien de una inmunidad de jurisdicción –cuya extensión y modalidades dependen de los instrumentos internacionales–, en que el Estado al que pertenece el autor puede ejercer el "derecho penal por representación" (haciendo juzgar el hecho por sus propios tribunales y según su ley penal), que no tiene carácter absoluto porque el Estado acreditante puede renunciar a dicha facultad, con lo cual el hecho y su autor podrán ser motivo de juzgamiento por los tribunales argentinos (Corte Suprema), según la ley argentina. No se trata, pues, de una causa de exclusión de la pena (Maurach), sino, como decimos, de una inmunidad procesal (Soler, Zaffaroni).

CAPÍTULO IV

TEORÍA DEL DELITO

I. INTRODUCCIÓN

A) EL DELITO COMO HECHO ILÍCITO. LA TEORÍA DEL DELITO CONSIDERADA COMO PARTE DE LA TEORÍA GENERAL DEL HECHO ILÍCITO

§ 121. *EL DELITO COMO HECHO ILÍCITO.* – Posiblemente el gran desarrollo que alcanzó en este siglo la teoría del delito, no ha permitido subrayar toda la importancia que tiene la consideración del derecho penal como parte del ordenamiento jurídico para esa teoría y ha desdibujado la configuración del delito como partícipe de la naturaleza del hecho ilícito en general. La tendencia de la mayor parte de los penalistas a estructurar la teoría del delito dentro de límites estrictamente propios, sin insistir en los materiales de aquella procedencia, no sólo la ha complicado, sino que hasta ha llegado a veces a deformarla, tornándola contradictoria. Es preciso, pues, volver a las fuentes.

§ 122. *EL DERECHO PENAL COMO DERECHO DE LA PENA.* – Las diferentes ramas del derecho se distinguen entre sí por varios factores, como pueden serlo la naturaleza misma de las relaciones que regulan, el objeto de ellas, las esferas de intereses que se ponen en contacto o los sujetos que las mantienen. Al derecho penal, sin embargo, lo distingue básicamente la naturaleza de la consecuencia de la relacion jurídica a que se refiere su regulación: es el derecho de la pena. En él no existen ni la

posibilidad de declarar la ineficacia del acto antinormativo, ni la reparación por medio de la imposición de que el sujeto se desprenda de algo suyo para dárselo a otro (el damnificado). En el derecho penal la consecuencia obligada de la antinormatividad es siempre la de quitar o disminuir un bien propio a quien actuó de esa manera, que está guiada por la finalidad, ya no de rectificar el desequilibrio causado por dicho acto, sino de impedir en el futuro el desorden de la antinormatividad por parte del mismo autor (prevención especial) y del resto de los miembros de la sociedad (prevención general).

Es verdad que el derecho penal tiene en su regulación consecuencias de otro orden (llamadas en general "medidas de seguridad"), que propiamente no pueden rotularse como *penas*, pero, en todo caso, son medidas que, o sustituyen la pena cuando esta es de imposible imposición por la calidad del sujeto (es decir, son subsidiarias de ella), o la complementan cuando el cumplimiento del objetivo de la futura evitación del desorden antinormativo así lo requiere; o sea, siempre son medidas necesariamente referidas a la pena, de una u otra manera.

§ 123. *El delito como hecho jurídico.* – Veamos ahora cómo y dónde se inserta el derecho penal en el cuadro general del ordenamiento jurídico.

El derecho es un conjunto de mandatos que crean obligaciones y asignan responsabilidades; lo uno y lo otro lo hace refiriéndose a hechos que influyen en la vida social y que, por esa influencia, aparecen catalogados como *hechos jurídicos*. Tales hechos pueden proceder originariamente de acontecimientos naturales –en los que se insertan las obligaciones– o del hombre, el que a su vez puede actuar como fuerza natural o asumiendo una *conducta*, esto es, llevando a cabo una acción o manteniéndose en inacción (omisión), guiado por su voluntad. En este último caso los hechos pueden ser lícitos –si responden al mandato jurídico– o ilícitos –cuando lo contradicen–; los hechos ilícitos imponen la atribución de responsabilidades al sujeto que las realiza.

En principio, todo sujeto que realiza un hecho ilícito, vulnerando un bien jurídico que no le es propio, en contradicción con el mandato, tiene que *reparar*, es decir, volver a colocar las

cosas en el estado en que se encontraban antes de su hecho o, cuando ello es imposible, compensar de otra manera a quien sufrió desmedro en sus bienes. Producido este desmedro, para la procedencia de la reparación no se tendría por qué tener en cuenta si realmente la voluntad del sujeto estuvo o no dirigida a vulnerar dicho bien, siendo suficiente la causación del "daño" (responsabilidad objetiva), aunque, en ocasiones el derecho sólo obliga a reparar cuando ha mediado aquel contenido en la voluntad del agente (responsabilidad subjetiva).

Pero, en algunos casos el derecho no se conforma con la reparación. Considerando la importancia del particular bien jurídico para la vida en sociedad, necesita sumarle otra sanción tras el objetivo de intensificar su protección *preventivamente* (en previsión de futuros ataques), agregando entonces la de la pena a los hechos ilícitos que lo afectaron (dañándolo o poniéndolo en peligro). La pena, por su misma razón de ser, sólo puede compaginarse dentro de un cuadro de responsabilidad subjetiva y, a diferencia de la reparación, no se relaciona con la medida del daño producido al bien jurídico, sino primordialmente con la gravedad del ataque medido por la magnitud que asuma la voluntad del sujeto agente respecto de la violación del mandato, es decir, al ataque al bien jurídico.

§ 124. ***Estructura del delito como hecho ilícito.*** – Tenemos así acotado el territorio del derecho penal, que aparece como una *regulación especial de conductas ilícitas en función de la pena*; su objeto fundamental es, pues, la de seleccionar, entre el conjunto de las conductas ilícitas previstas (explícita o implícitamente) por el ordenamiento jurídico, aquellas que son merecedoras de pena. Las conductas de tal modo seleccionadas por el derecho penal son los *delitos*.

Vemos, pues, de qué manera la teoría del delito debe apoyarse, necesariamente, en la teoría de los hechos ilícitos de los que el autor responde subjetivamente, o sea de aquellos en los que la efectivización de la consecuencia para el agente depende de un reproche que formula el derecho a la voluntad que impulsó su conducta. Tal conclusión impone que, para desarrollar la teoría del delito, tengamos que contar inicialmente con las características generales de los hechos ilícitos, de los

que se responde por constituir una conducta reprochable, esto es, tiene que tratarse de una acción u omisión que pueda catalogarse como *conducta* de un hombre (que no sea sólo un acontecimiento natural de su corporeidad), *antijurídica* por ser contraria al mandato con que el derecho protege el bien jurídico (prohibiendo su vulneración o imponiendo su preservación) y *culpable*, es decir, subjetivamente reprochable para el derecho. Entre las distintas conductas de ese carácter contenidas en el ordenamiento jurídico, el derecho penal selecciona algunas para asignarles pena; esa función la realiza mediante el *tipo penal* y los distintos condicionamientos de la punibilidad (circunstancias que permiten la imposición de la pena).

En las elaboraciones del derecho penal de los últimos tiempos quizás ha pesado negativamente el criterio de consustanciar lo típico con *lo prohibido*, como si la prohibición de la conducta del autor proviniera del tipo penal mismo. Este criterio, que surge de pensar que la asignación de la pena implica prohibir la conducta (que no hemos dejado de utilizar nosotros) –aun reconociendo que el derecho penal, en cuanto tal, es puramente sancionador– no es, en sí, inexacto, pero puede llegar a ocultar la circunstancia de que el derecho penal trabaja con conductas *ya prohibidas* por el ordenamiento jurídico, a las que "circunstancia", no para prohibirlas (que ya lo están), sino para declararlas dignas de pena. La complejidad de muchas relaciones estructurales de la teoría del delito reconocen su origen, precisamente, en la insistencia en esa simbiosis de lo típico con lo prohibido.

En otros lugares hemos desarrollado nuestro pensamiento sobre la necesidad del examen pre-típico de la antijuridicidad procurando mostrar algunas de las que pueden ser sus ventajas (construcción positiva de la antijuridicidad, solución de los problemas del *derecho penal de bagatelas*, etcétera).

§ 125. *La acción y su naturaleza.* – Sin perjuicio de las consideraciones que más adelante expondremos, veamos en su conjunto esta estructura.

El hecho humano es conducta en tanto sea una *manifestación de voluntad*. El hombre observa una conducta cuando quiere hacer (acción en sentido propio o positiva) o no hacer (acción negativa u omisión) algo. Ese querer hacer o no hacer nos dice, por sí mismo, que la acción-conducta es un querer *de finalidad*, pero no necesariamente *con finalidad*. Todo querer

es, en sí, una finalidad sin la cual es impensable la conducta, pero esa finalidad sigue siéndolo aunque no trascienda a la previsión de una específica consecuencia del hacer o no hacer (haga *para*). La negativa a reconocer la acción como final en el sentido expuesto o la insistencia en requerir una finalidad (pre-propuesta) trascendente al deseo mismo del agente de actuar o no actuar, deforma el concepto de acción-conducta y perturba su exposición teórica. Aunque la palabra no permita expresar perfectamente la idea, puede decirse que para que una acción sea conducta es suficiente como finalidad *el querer hacer o no hacer algo*, sin que sea indispensable requerir que su autor *quiera con ella lograr algo* (quien quiera echarse a dormir asume una conducta, aunque no se proponga, ni siquiera prevea, una determinada consecuencia de ese querer suyo).

La mención en los tipos penales de los resultados (de lesión o de peligro) ha llevado a insistir en la finalidad de la acción como la de *lograr algo* (al menos en los delitos dolosos), lo cual condiciona la exposición de una gran parte de la doctrina penal actual. Con ello tendríamos un concepto de acción-conducta exclusivamente propio del derecho penal y hasta propio de determinados delitos (los dolosos), inaplicable en otras ramas del derecho o a otras especies de delitos (los culposos). Pero esta aclaración de ningún modo importa negarse a reconocer la conducta como un quehacer final: quien quiere, quiere hacer o no hacer algo y ésa es una finalidad, pero sin que el algo importe imprescindiblemente un objetivo trascendente de la conducta misma.

Faltará, pues, la acción con relieve en el hecho ilícito, siempre que el hacer o el omitir no respondan a la finalidad voluntaria del sujeto que hace o que omite: el movimiento no impulsado por la voluntad con sentido (p.ej., el movimiento reflejo), el hacer impulsado por otro que ejerce violencia física que no puede ser resistida por el sujeto que la sufre, o que le impide actuar, no pueden ser apreciados como acción-conducta.

Pero tampoco es tal lo que no supere el límite del mero deseo del agente. La acción-conducta jurídicamente importante es exclusivamente aquella en la cual la voluntad se ha *manifestado en el mundo exterior al sujeto* a quien se le atribuye (únicamente así produce la relación intersubjetiva que es de la esencia del derecho), ya se trate de una manifestación trascendente de la misma actividad o inactividad que se haya "cristalizado"

en el mundo exterior de modo autónomo (p.ej., la muerte causada que ha "quedado" después del despliegue de la acción de matar) o, cuando menos, que esa exteriorización se consustancie con la actividad o inactividad misma del agente y termine con ellas, es decir, que haya tenido entidad externa mientras duró la actividad o inactividad (más adelante veremos que ésta es la fuente de los delitos llamados de simple conducta).

§ 126. ***DEBATES EN TORNO A LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN.*** – Pese a que volveremos reiteradamente sobre la cuestión, podemos ya adelantar un panorama de ella.

Sin tener en cuenta algunos delirios iusfilosóficos arraigados en una visión extremadamente audaz (y políticamente antiliberal) de la responsabilidad, tenemos que reconocer que todo derecho es una regulación de conductas, y de ellas, en mayor o menor medida, surge la responsabilidad y, con mayor razón (por lo que es la pena) la penal. De tal modo la acción-conducta está en la base de la teoría del delito, cualquiera que sea la dirección doctrinaria por la que se opte. Parece que esto es algo claro y más o menos universalmente aceptado.

En lo que se ha venido discrepando es con referencia al ángulo desde el cual se tiene que "interpretar" la acción como elemento estructural de dicha teoría. Sobre esto se dice que el *causalismo* la interpreta penalmente, acentuando su antijuridicidad (prohibición del resultado producido por la acción) y el *finalismo* acentuando el carácter "personal" de ella (su intencionalidad), lo cual, aunque no es del todo exacto, puede aceptarse provisionalmente. Y últimamente se abre camino la idea de una interpretación sociológica –y, en cuanto tal, histórica– ya que insiste sobre el sentido de protección "actual" (actualizable) del bien jurídico, lo cual para algunos (p.ej., Bustos Ramírez) importaría desplazar la acción como punto de partida de la teoría del delito.

Sin embargo, éstas son "modalidades" a las que se acude para distinguir distintas corrientes que se dan en la doctrina penal de nuestro siglo, ya que en ninguna de ellas –ni siquiera la de los extremos más drásticos de los partidarios de la "criminología crítica"–, se advierte que se haya dejado de tener en cuenta la conducta personal que implica un ataque a un bien jurídico (que sólo puede ser concebido como históricamente actual), en la base de la consideración del delito. Tal conclusión resalta cuando se nota que esas distintas interpretaciones o visiones de la acción no han alcanzado a variar las soluciones de los problemas penales a las que se había llegado hace mucho tiempo; salvo en algunas cuestiones muy específicas, en las demás siguen siendo las mismas.

§ 127. *ILICITUD (ANTIJURIDICIDAD) DE LA ACCIÓN-CONDUCTA.* – La acción es integrativa de un hecho ilícito en tanto sea antijurídica (es inconcebible una ilicitud que en algún estamento del ordenamiento sea "jurídica"), con lo que se quiere decir que el hacer o el omitir que la constituyen tienen que ser contrarios al mandato jurídico o, lo que es lo mismo, que la conducta del autor tiene que ser distinta de la que el mandato impone o tiene que configurarse dentro de los límites de la que el mandato prohíbe.

No se necesita insistir mayormente en el examen del ordenamiento jurídico para notar que los mandatos en él contenidos prohíben conductas que atacan bienes jurídicos o imponen conductas que tienden a la preservación de ellos, de lo que se deduce que una conducta será contraria al mandato siempre que importe un atentado (ataque) al bien jurídico protegido; por lo tanto, sea cual fuere la similitud que una conducta tenga con la que el mandato prohíbe, ella no será antijurídica si no se la puede considerar como ataque al bien jurídico que el mandato protege.

Ahora bien, la calidad de antijurídica de la conducta adecuada a la prohibición del mandato o de la distinta de la impuesta por él, puede faltar por la circunstancia de que se llevó a cabo en las condiciones en que el derecho permite, o por lo menos admite, que se ataque el bien jurídico de un tercero: el derecho permite que se quite la vida al agresor en ejercicio de legítima defensa, o admite que se ofenda la estructura corporal del paciente con fines terapéuticos o que se realicen actividades peligrosas para ciertos bienes al dar preponderancia a otros (p.ej., no entorpecer el tráfico como factor de progreso social).

§ 128. *CULPABILIDAD COMO REPROCHE.* – Siendo la pena una consecuencia sólo congruente en un cuadro de responsabilidad subjetiva, las acciones antijurídicas que el derecho penal puede seleccionar para atribuírsela, únicamente serán aquellas a las que se las pueda calificar de *culpables*, es decir, en las que se le pueda *reprochar* jurídicamente al sujeto por no haber hecho lo que debía hacer cuando sabía que estaba haciendo algo distinto de lo obligado por el mandato o lo prohibido por él y las condiciones dentro de las que actuó u omitió son consideradas por el derecho como suficientes para permitirle optar entre cumplir con el mandato o violarlo.

Para formular este reproche el derecho parte de la consideración de una medida de *libre arbitrio* a disposición de quien acciona, la que puede estar ausente en distintas situaciones. En primer lugar, puesto que dicho libre arbitrio se relaciona con la posibilidad de conocer lo que se hace y con la de poder actuar de modo distinto, no puede decirse que lo poseen aquellos cuya capacidad no les permite centrar la conducta dentro de esas posibilidades, es decir quienes carecen de la posibilidad de *discernir*. En otros casos el libre arbitrio puede estar ausente –al menos con la plenitud requerida para formular el reproche–, cuando las condiciones que rodean a la acción son de tales características que amenguan considerablemente las facultades de elección; en ellos, si bien el sujeto ha tenido concretamente la posibilidad de elegir una conducta distinta de la que realizó, el derecho decide no reprocharle su elección (así ocurre, p.ej., en los casos de *coacción*). Y por fin, hay casos en que, subsistiendo plenamente el libre arbitrio, el derecho renuncia al reproche por la elección equivocada cuando ella se funda en el desconocimiento del verdadero carácter de la conducta realizada (*error*).

No en todos los supuestos el derecho se apoya en la misma base para formular el juicio de reprochabilidad. Elige distintas formas de empleo del libre arbitrio por el sujeto: en algunos funda el juicio en una de ellas exclusivamente, en otros extiende el fundamento a otra forma, exigiendo allí que el sujeto haya querido expresamente la conducta en cuanto no adecuada al mandato y atacante del bien jurídico (*dolo*), conformándose aquí con la circunstancia de que el sujeto haya querido la conducta que debe prever que puede llegar a atacar el bien jurídico protegido por el mandato al ser desplegada (*culpa*).

§ 129. ***Crisis del libre arbitrio en la doctrina penal contemporánea.*** – El derecho penal liberal clásico (que, guste o no a algunos, seguimos manejando), apoya la pena sobre la culpabilidad fundada en el libre arbitrio (responsabilidad moral); los positivistas desconocieron tal fundamento, afirmando el *determinismo*, y la pena (sanción) ya no pudo tener ese apoyo, sino el de la necesidad de la defensa social (responsabilidad social). Sin duda que la doctrina penal del siglo XX, al concebir la culpabilidad como reprochabilidad, eligió el fundamento clásico, evolución que, como se ha señalado, culmina en la construcción wel-

zeliana del finalismo, en la que la culpabilidad, como elemento estructural del delito, termina vaciada de todo contenido "material" para esquematizarse como puro juicio de reproche.

Sin embargo, las modernas corrientes críticas insisten en una *superación del libre arbitrio*, principalmente por dos motivos: porque la circunstancia de que el hombre haya actuado libremente es algo indemostrable, de imposible constatación por el juez (Roxin), y porque es muy difícil concebir la culpabilidad como reproche, ya que su concepto no presupone "la existencia de autorreproche alguno en el agente" (Córdoba Roda); con todo, no es intención de estas tendencias regresar a un determinismo positivista, sino que persiguen la sustitución del actual concepto o principio de culpabilidad por otro distinto (Bustos Ramírez); en otras palabras: trátase de mostrar que la pena no presupone la culpabilidad (Gimbernat Ordeig). Sobre el tema volveremos al tratar esta última.

Estas críticas al libre arbitrio pueden ser exactas o no, pero se dan en un plano que no es aquel sobre el cual trabaja la dogmática del *derecho actualmente vigente*. En él la fórmula de la culpabilidad como reproche *jurídico* nada tiene que ver con que se dé la posibilidad de un autorreproche por parte del autor y su concepto "es totalmente independiente de la *prueba* de la libertad, de la voluntad y del determinismo" (Bacigalupo).

§ 130. *La designación del hecho ilícito como delito.* – Hasta aquí los elementos estructurales del delito coinciden con los del hecho ilícito en general. Todos los conceptos que hemos visto hasta ahora son conceptos de la teoría general que la teoría del delito recibe ya elaborados y que sólo puede reelaborar en la medida en que el derecho penal, por sus finalidades, regula determinadas especificaciones de ellos.

Porque, como lo hemos repetido varias veces, lo que hace el derecho penal es elegir, entre el conjunto de los hechos ilícitos contenidos en el total ordenamiento jurídico, aquellos a los que asignará una pena; no hace otra cosa que especificar los delitos en cuanto hechos ilícitos merecedores de pena mediante la señalización de los presupuestos de ésta: la determinación de las características particulares de esos hechos para ser punibles y las condiciones en que ellos efectivamente deben determinar una pena para el sujeto que los realiza.

§ 131. *El tipo y la tipicidad.* – La tarea la encara el derecho penal con un instrumento llamado *tipo*. Si bien la deno-

minación de ese instrumento nace en la dogmática alemana (aunque al parecer había sido empleado ya antes en su dogmática civil), por una particular conformación de su ley penal, como más adelante veremos, su uso se ha generalizado, sustituyendo otras expresiones que se empleaban con parecida finalidad (como la de "figura"). El tipo (es decir, los distintos tipos de la Parte Especial del Código Penal y leyes penales especiales, como el hurto, la estafa, el incendio, el contrabando, etc.), para elegir entre los hechos punibles aquellos a los que asigna pena, describe la acción (positiva o negativa) misma (la acción que es constitutiva del hecho ilícito punible tendrá que adecuarse a las modalidades de ella explicitadas en el tipo), determinando, o mejor dicho especificando, la antijuridicidad procedente del mandato, ya proponiendo particulares modalidades de ataque del bien jurídico protegido como las únicas punibles entre las varias posibles, ya requiriendo ciertos elementos de valoración que no aparecen circunstanciados en el mandato (elementos normativos de los tipos), determinando, asimismo, las formas "sustanciales" de culpabilidad que fundamentarán la pena, requiriendo la mediación del dolo en ciertos casos y conformándose con la culpa en otros y, en ocasiones, formulando específicas exigencias para aquél (elementos subjetivos del tipo).

> Es verdad que las regulaciones penales contienen fórmulas especiales sobre la normatividad de situaciones de ausencia de antijuridicidad (justificación) y de inculpabilidad (inimputabilidad, error, coacción), pero esas regulaciones pertenecen, en realidad, a la teoría general de los hechos ilícitos (salvo en algunos aspectos muy circunstanciados) y sólo por una extensión forzada del concepto podemos relacionarlas con el tipo. Pero ya veremos que algunas teorizaciones (teoría del tipo negativo) lo han hecho.

En consideración al tipo y a consecuencia de él, la *tipicidad* es la característica del hecho ilícito que en un caso concreto lo hace adecuado al tipo. Dícese que la tipicidad es una característica propia del derecho penal y esto es verdad, pero no porque el resto del ordenamiento jurídico no contenga tipos (en cuanto descripciones de conductas ya que los mandatos mismos lo son), sino porque mostrándose la pena como lo dis-

tintivo del derecho penal y estando ella condicionada por la tipicidad de la conducta, es lógico que con las mismas características de exigencia circunstanciada sólo se dé en ese derecho y no en otras ramas del ordenamiento jurídico, fuera de que el requisito de tipicidad también se extiende a la pena como consecuencia del ilícito, lo cual no ocurre de la misma forma en el resto del derecho (que por lo general se conforma con sanciones previstas de modo general y no circunstanciado, aplicables a una pluralidad –relativamente indefinida– de hechos antinormativos).

§ 132. ***Circunstancias de punibilidad.*** – Puede decirse (aunque sea de modo figurado y que aun así es discutible para algunos) que el hecho ilícito que se adecua a un tipo penal es ya un *delito*, pero, como vimos, el derecho penal no agota allí su cometido de designación; le queda por resolver a cuáles de esos hechos que ha catalogado (tipificado) se les va a aplicar efectivamente la pena que también ha especificado. Esa tarea la cumple por medio de la regulación de las circunstancias de punibilidad que aparecen, así, como otros presupuestos de la pena y que se establecen acondicionados en dos órdenes: unas, si se quiere, pueden denominarse "formales" y atañen al ejercicio del *ius puniendi*; se refieren a la posibilidad de ejercer la acción en sentido procesal para que el órgano de la jurisdicción (el juez) decida sobre la aplicación de la pena indicada en el tipo a un caso concreto y para ello el derecho penal regula no sólo la existencia de dicha acción procesal (por vía negativa, determinando los supuestos de inexistencia o extinción), sino también los requisitos previos para su ejercicio (exigencia de particulares condiciones de procedibilidad), los sujetos y modos de ejercicio (acciones públicas, ejercitables de oficio o dependientes de instancia privada y acciones privadas). Otras, que pueden calificarse de "materiales" o "sustanciales", son condiciones relacionadas con la conducta típica misma, pero que no la integran y que aparecen como necesarias para la efectiva aplicación de la pena en el caso (condiciones objetivas de punibilidad) o se refieren a situaciones en que la ley, pese a existir el delito como conducta típica, dispone que no se imponga pena (excusas absolutorias).

§ 133. *TEORÍA ANALÍTICA DEL DELITO.* – Esta esquematización, que nos ha permitido enhebrar al delito como especie en la teoría general del hecho ilícito procedente del ordenamiento jurídico total, no ha sido extraña a distintas construcciones de la teoría de aquél (sobre todo en el primer siglo de evolución del derecho penal liberal). Sin embargo, las especificaciones *penales* de los distintos elementos comunes a ambas teorías contenidas en las descripciones del tipo penal, han conducido a un reordenamiento de la estructura del delito, la cual se formula por medio de las teorías de la acción, del tipo, de la antijuridicidad, de la culpabilidad y de la punibilidad (aunque discutiendo la injerencia estructural de esta última), que, con mayores o menores variaciones, se ha convertido en la explicación más común del delito y que se denomina *teoría analítica o estratificada del delito*, que es la que expondremos.

Tal teoría analítica del delito, como instrumento conceptual por medio del cual se procura determinar si una conducta dada es presupuesto de procedencia de la pena o consecuencia jurídico-penal (Bacigalupo), expuesta en la forma antes señalada, es sin duda una idea perteneciente a este siglo, habiéndose distinguido, dentro de ella, un concepto bipartito de otro tripartito.

La concepción bipartita sería aquella que suelda indisolublemente la tipicidad con la antijuridicidad; la tripartita aquella en que la tipicidad aparece ante la antijuridicidad como entidad autónoma. Se ha entendido que Mezger fue quien mejor expuso la primera al definir el delito como "acción típicamente antijurídica y culpable", con lo que estaría indicando la indisolubilidad de la tipicidad y antijuridicidad, o sea que constatada la tipicidad se da necesariamente la antijuridicidad (salvo la existencia de causas de justificación); según algunos expositores (Bustos Ramírez) "es por eso" que en tal pensamiento la antijuridicidad antecede a la tipicidad, en cuanto valoración que permite entender la tipicidad; ésta "no hace más que recoger la valoración que implica la oposición del hecho a todo el sistema jurídico".

Atendiendo a esta observación, se nos podría achacar también de seguir la concepción bipartita; pero sería una exageración (como puede serlo asimismo con respecto a Mezger): la sola circunstancia de reconocer que la antijuridicidad es un concepto procedente de la teoría general del hecho ilícito y que es dentro del conjunto de esos hechos ilícitos donde los tipos deben buscarse para consagrar los delitos, no implica, por sí, desconocer que en la estructura conceptual que es la teoría del delito, una y otra

entidad se puedan estudiar autónomamente (con la relativa autonomía de las partes de un mismo objeto). Claro está que cuando a la teoría del delito se la quiere convertir en algo más que eso (instrumento conceptual), el horizonte de las relaciones entre ambas entidades cambia totalmente, cosa que nosotros no hacemos.

Se ha dicho (Zaffaroni) que el orden estructural que hemos expuesto y que permite conceptualizar al delito como conducta típica, antijurídica y culpable, se basa en un criterio analítico que piensa primero en la conducta y después en el autor, puesto que la conducta típica y antijurídica (que la doctrina germana actual y quienes la siguen entre nosotros unifican en un conjunto nominativo bajo la designación de *injusto*; la conducta típica y antijurídica es "un injusto") nos dice del disvalor jurídico de dicha conducta, en tanto que la culpabilidad sólo puede ser concebida como característica de la conducta pero por la especial condición del autor (en ella se asienta la reprochabilidad que por dicha conducta se hace al autor); quizá estas afirmaciones no sean del todo exactas –por lo menos para algunas teorizaciones– y no lo son para nuestra concepción de lo que es el tipo, como más adelante veremos.

B) UTILIDAD DE LA TEORÍA ANALÍTICA DEL DELITO

§ 134. *TEORIZACIONES ANTIANALÍTICAS.* – Ya hemos dicho que pertenece prácticamente a los últimos ochenta o noventa años la elaboración de la teoría del delito en la forma analítica o estratificada que vamos a emplear. Y aun dentro de ese período no pocos han creído que su utilización quebraba el delito como unidad conceptual. Ello dio lugar a las corrientes denominadas "totalizadoras" ("totalitarias" para algunos, lo que puede llegar a confundirlas con corrientes políticas, lo cual no sería adecuado para algunas de ellas), que al fin reducían los elementos del delito a no más de dos (p.ej., el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo, el hecho y el autor, etcétera). Sin embargo, hoy la teoría analítica constituye el lenguaje común aceptado en la doctrina penal para el estudio teórico del delito.

Sin considerar motivaciones políticas que, aparentemente, guiaron ciertas posiciones totalizadoras (como pudo ocurrir con la llamada escuela de Kiel), hemos de reconocer que algo tuvo que ver con ellas el empleo, en la teoría analítica, de algunas exageraciones diferenciativas (sutilezas difíciles de apreciar en el traslado a las soluciones de los casos concretos, concepciones en que la autonomía de los componentes de la estructura era incon-

venientemente acentuada, etc.), que parecían favorecer una visión del delito donde éste no se presentaba como un todo en el que se pudieran distinguir partes o elementos, sino más bien como un conjunto de partes, totalmente diferenciadas y autónomas, que se unían para formar un todo, muchas veces al conjuro de un vocablo (típicamente, injusto, etcétera). Es una realidad que a no pocos tratadistas la intensificación y profundización del análisis les hace esfumar los contornos del delito como unidad, es decir, los lleva a no subrayar, en la medida necesaria, que el concepto estratificado de delito sólo importa lograrlo a través de la consideración de distintos planos o niveles del mismo objeto, pero "no significa que lo estratificado sea el delito", sino que "lo estratificado es el concepto que del delito obtenemos por vía del análisis" (Zaffaroni), discriminando así sus notas esenciales para describir lo que él es como unidad.

§ 135. *IMPORTANCIA DE LA TEORÍA ANALÍTICA DEL DELITO.* – Con todo, cabe preguntarse si tiene verdadera importancia emplear para el examen del delito la teoría analítica. ¿Produce algún efecto práctico que un determinado instituto relacionado con el delito pertenezca a la teoría de la acción y no propiamente a la del tipo, o a la de la antijuridicidad, o a la de la culpabilidad, o simplemente se trate de algo que tiene que ver con la punibilidad? ¿Tiene repercusión en las soluciones de los casos concretos que el juez debe resolver que un supuesto negativo de responsabilidad penal importe la negación de la tipicidad de la acción, o provenga de la eliminación de la antijuridicidad, o impida la formulación del reproche que constituye la culpabilidad, o sólo bloquee la posibilidad de imponer la pena al concreto autor?

Se ha insistido en que la teoría analítica tiene "un cometido esencialmente práctico" porque nos facilita determinar si en un caso dado se configura o no un delito, puesto que como construcción dogmática constituye "el camino lógico para averiguar si hay delito" en un acontecimiento de la vida real (Zaffaroni). Examinemos, entonces, con mayor atención los terrenos en que la teoría analítica nos sirve con suficiencia y la razón de ser de ésta.

Internamente, es decir, dentro del mismo derecho penal, la importancia de la teoría analítica se nos revela con claridad. En primer lugar, como ya se ha indicado, el procedimiento analítico, suministrando y afinando un lenguaje común inteligi-

ble, se muestra como mucho más seguro en el tratamiento de los casos. Además, como surgirá de la exposición, la elaboración de cada uno de los elementos del delito depende de la elaboración de otros, estableciéndose entre ellos un orden estructural lógico: observaremos, por ejemplo, cómo la tipicidad importa la fijación de límites para la acción (que, a su vez, es el sustento fáctico de aquel adjetivo), para la antijuridicidad y para la culpabilidad, o que nos será imposible pensar la culpabilidad si no partimos del concepto previo de antijuridicidad, cuyo conocimiento por parte del autor es, para muchos, presupuesto indispensable del juicio de reproche. También hemos de distinguir de qué manera las relaciones estructurales nos serán fundamentales para solucionar los problemas de extensión de la responsabilidad penal a terceros que no pueden ser categorizados como autores (problemas de participación) o a conductas que no han llegado a completar todos los requisitos que el tipo requiere para la acción punible (problemas de tentativa). Y tales relaciones exigen, por supuesto, la previa acotación del concepto de cada elemento estructural.

Tampoco se pueden desconocer las repercusiones extrapenales de la teoría analítica del delito. Así, por ejemplo, cuando la responsabilidad penal queda excluida por la injerencia de factores que impiden la vigencia de elementos del delito que proceden de la teoría general del hecho ilícito, como son la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad, la responsabilidad (civil) por la reparación también quedará excluida en principio. En cambio, cuando la exclusión de la responsabilidad penal ha dependido de factores atinentes a las condiciones del hecho ilícito como delito, como pueden serlo las especificaciones del tipo o las circunstancias de punibilidad, esa exclusión en nada influirá sobre la de la responsabilidad extrapenal.

Pero tenemos que formular algunas aclaraciones. Las atinentes a las cuestiones que se refieren a la exclusión de la antijuridicidad las veremos al exponer las causas de justificación. En lo que concierne a la culpabilidad, hay que hacer notar que la exclusión de la responsabilidad penal por ausencia de ella no importa la exclusión de la civil en los casos en que la regulación de ese orden admite "formas" distintas para su apreciación (p.ej., presunciones de culpa) o reconoce casos de responsabilidad objetiva (p.ej., riesgo de la cosa), donde la fuente de la reparación aparece autonomizada del *delito* y hasta del mismo hecho ilícito (art. 1113, Cód. Civil).

C) Evolución contemporánea de la teoría analítica del delito

§ 136. *Paso del siglo XIX al siglo XX.* – Mientras el mundo clásico concibió el delito predominantemente como un todo en el que se podían distinguir partes (la acción, la ilicitud y la culpabilidad en cuanto responsabilidad personal), y lo mismo hizo la escuela positiva cuando llegó a encararlo jurídicamente, la doctrina del siglo XX intensificó el análisis presentándolo como un conjunto de partes que formaban un todo, en el cual reconocía su unidad.

§ 137. *El tipo en la primera formulación de Beling.* – Un tanto arbitrariamente podemos fijar en las investigaciones de Beling el comienzo de la actual estructuración de la teoría del delito. Del examen de una particular disposición del Código Penal alemán entonces vigente (el § 59-1°), se dedujo la indicación del *tipo* como parámetro fundamental de la estructura: el delito es una acción antijurídica y culpable *típica*, o sea, referenciada por la ley penal por medio de una sintetización de *hechos* que conformaba el *esquema rector* de aquél. Sin delimitar con mayor precisión el pensamiento de Beling, se dice que él permite definir el delito como una *acción típica, antijurídica y culpable*. La verdad es que a partir de él se empieza a conjugar el vocabulario corriente de la teoría analítica (estratificada) del delito.

§ 138. *Críticas.* – No se trató, empero, de un camino sin sobresaltos. Como dijimos, algunas corrientes del pensamiento contemporáneo consideraron inútil o falsa la conceptualización estratificada del delito, propugnando una visión unitaria de él, en la que las distinciones analíticas perdían toda importancia doctrinaria; así ocurrió con la citada *escuela de Kiel* y, entre nosotros, con la *egología*; pero éstos resultaron movimientos aislados que no pudieron detener el desarrollo y paulatino perfeccionamiento de la teoría analítica.

§ 139. *El tipo como dominante en la estructura del delito.* – Las observaciones que recibió Beling sobre su primigenia versión estructural, lo llevaron a subrayar la característica del tipo como *rector* de toda ella, ya que es él quien determina la configuración de la acción y los límites de la antijuridicidad y la culpabilidad. El delito pasa a ser, por tanto, *acción típicamente*

antijurídica y culpable (Mezger) o, en palabras del mismo Beling, "acción típica, típicamente antijurídica y culpable", siendo ésta la versión con que la teoría analítica se introduce en nuestra literatura nacional, sobre todo a través del libro de Soler, aunque ya se la había conocido antes en nuestro país, en distintas versiones, por obra de Jiménez de Asúa.

§ 140. ***Estructura "tradicional" del delito y elementos objetivos y subjetivos.*** – De cualquier forma, la evolución de la teoría había ido decantando un orden entre los elementos estructurales del delito, en el que se aprecia, en primer lugar, la *acción* en cuanto manifestación de voluntad (conducta); después el *tipo*, como conjunto descriptivo de la acción con sus elementos de diversa naturaleza (puramente descriptivos, normativos y subjetivos); la *antijuridicidad*, en cuanto contradicción de aquella acción-conducta con el ordenamiento jurídico, en tanto no estuviese vigente una causa de justificación y, por fin, la *culpabilidad*, en un principio como relación psicológica entre el autor y su hecho, manifestada en sus formas (especies) de dolo y de culpa, que permitían completar el cuadro de la responsabilidad aunque no agotaran totalmente el de la responsabilidad penal, lo cual se hacía con el factor de la *punibilidad* (pues se advertía que en algunos casos el derecho excluía la pena, pese a la existencia de los otros elementos).

Dentro de esa estructura se pretendía diferenciar *elementos objetivos* (como el tipo y la antijuridicidad) y *elementos subjetivos* (la culpabilidad), según dependieran o no de los despliegues de las potencias internas (subjetivas) del autor.

§ 141. ***Debate sobre la antijuridicidad formal y material.*** – Este ordenamiento estructural no recibió una aceptación del todo pacífica según hemos explicado, aunque los primeros debates que en torno a él se suscitaron no alcanzaron a deformarlo, en razón de que más bien se concretaron sobre determinados elementos y no sobre la estructura general.

Así ocurrió con la antijuridicidad, en la que incluso a raíz de particulares problemas que planteaba el derecho penal alemán (ausencia de una previsión sobre el estado de necesidad como justificante), se discutió si la sede de los mandatos y permisos que la determinaban residía sólo en la ley o podía encontrarse también fuera de ella (como en las llamadas "normas de cultura"

–Mayer–): tratábase, pues, de ver si la antijuridicidad era *formal* o era *material*; si lo segundo resultaba aceptado era congruente pensar que las causas de justificación no eran únicamente las explícitamente configuradas en la ley, sino que también podían operar en el derecho penal *causas supralegales de justificación*.

Hoy puede considerarse superado este debate, pero hay que aclarar que el término *antijuridicidad material* sigue siendo empleado asiduamente por la doctrina penal, pero no en el mismo sentido; aunque tiene algunos contactos con las ideas expuestas precedentemente, con él ya no se designa la cuestión de la "procedencia" u "origen" de la antijuridicidad, es decir, de en dónde residen los mandatos y permisos, sino que se trata de hacer referencia a un *contenido material* del mandato, significado en el bien jurídico protegido; se distinguen en el mandato una "forma" (lo mandado o lo prohibido en cuanto a la conducta) y un "contenido" (el bien jurídico en función del cual se manda o se prohíbe); con esta intelección se habla ahora predominantemente de un contenido material de la antijuridicidad.

§ 142. ***Debate sobre la culpabilidad.*** – Más o menos por el mismo tiempo emergió otro debate, pero sobre el tema de la culpabilidad, la cual para algunos no pasaba de ser la relación psicológica entre el autor y su hecho, que se daba cuando aquél era "capaz" (imputable) y que podía presentarse bajo las especies de dolo o de culpa (la culpabilidad era sólo dolo o era sólo culpa y carecía de otro contenido conceptual) y que, por tanto, desaparecía cuando en la conducta del autor no podía constatarse una de esas especies de relación (casos de error y coacción); fue la doctrina que se denominó *psicologismo*. Para otros (*normativismo*) la culpabilidad se presentaba como un "juicio de reproche" formulado por el derecho sobre la conducta, el que requiere, como presupuesto, la característica de la imputabilidad en el sujeto, y se produce sobre una estructura de contenido en la que no sólo se contabiliza la relación psicológica antes indicada, sino también las circunstancias en que se inserta el hecho y que permiten aseverar que al agente, en el caso concreto, se le podía exigir una conducta distinta de la que observó (o sea, se le podía exigir la conducta observante del mandato); por consiguiente, la culpabilidad queda excluida también en todos los supuestos en que, aun existiendo la relación psicológica entre el autor y el hecho bajo las formas de dolo o de culpa, a aquél no se le puede exigir jurídicamente una conducta distinta de la que llevó a cabo.

Desde un punto de vista doctrinario se dijo que mientras el psicologismo agota la culpabilidad en el dolo y en la culpa como "especies" de ella, el normativismo fundamenta el contenido de la culpabilidad en otros elementos además del dolo y la culpa, los cuales cumplen en dicho contenido funciones de "formas" de ella. Y, desde el punto de vista práctico (redondeando los contornos del debate con una exagerada nitidez, que nunca tuvo, pero que se muestra como procedimiento válido para explicar las diferencias entre ambas ideas en función docente), se dijo que mientras el psicologismo sólo requería del juez la constatación de que el autor había actuado con dolo o con culpa, el normativismo le exigía, "además", que constatase si la conducta dolosa o culposa era reprochable, por ser exigible una adecuada a la norma-mandato en consideración a las circunstancias en que la acción se desarrolló.

Recordemos que esta última exigencia motivó la crítica de algunos de que el normativismo extraía de la culpabilidad, o, mejor dicho, minusvaluaba en ella la relación psicológica entre el autor y el hecho, para convertirla, en cuanto juicio de reproche, en una relación que estaba "en la cabeza del juez" y no en la del autor. Si bien imperfectas formulaciones doctrinarias normativistas parecieron justificar esta crítica, resultaba ella infundada; el normativismo correctamente concebido pensaba en el juicio de reproche que se vertía sobre la relación psicológica y la función del juez al formularlo constituye una constatación, la de que *el derecho reprocha* la conducta concretamente asumida; en otras palabras, trátase de un juicio "jurídico", como los demás que se emiten sobre otros elementos del delito; por tanto, la culpabilidad no reside "en la cabeza del juez"; lo que él hace es constatar, mediante su juicio, si en el caso el derecho reprocha. La verdad es que mientras el psicologismo puso el acento sobre el aspecto positivo de la culpabilidad (existencia de la relación psicológica de dolo o de culpa), el normativismo lo hizo sobre el aspecto negativo (inexigibilidad de otra conducta) y de él saltaba a otro positivo (el juicio de reproche o reprochabilidad). Lo que en la polémica quedó bastante disimulado –de allí algunas exageraciones– era la distinción de planos en que se movían ambas opiniones: el psicologismo insistía sobre el contenido "material" de la culpabilidad y el normativismo centraba su atención en el aspecto "formal" del juicio que debía formularse para reconocer su existencia. Se necesitaron algunos años para discernir con claridad que psicologismo y normativismo no hacían otra cosa que complementarse para formular la teoría de la culpabilidad.

Es difícil decir que el finalismo haya contribuido a esta complementación; el finalismo es una tesis normativista que reestructura la culpabilidad en dos planos, como ya lo hemos explicado.

Hoy se advierte una tendencia a lograr "nuevos conceptos" de culpabilidad construyéndolos a partir de la teoría de la pena, es decir, desde la finalidad de ésta. Unos, como Roxin, encuadran la culpabilidad en una categoría más amplia: la de la *responsabilidad*, en la que la culpabilidad en sentido tradicional sigue cumpliendo una función limitadora de imposición de la pena, pero en la que la *necesidad social* de ésta indica cuándo se puede imponer (Roxin). Otros han llegado a pensar que las funciones de la culpabilidad pueden ser reemplazadas por la prevención general, con lo que aquélla se convierte en un "concepto innecesario" (Gimbernat Ordeig).

§ 143. ***SUPERACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DEL DELITO Y CONCEPTO "FINAL" DE ACCIÓN.*** – Alrededor de los años treinta, la curiosidad despertada por los llamados *elementos subjetivos del tipo* (requerimiento de finalidades que estaban más allá del mero querer la acción, de estados de ánimo, etc.) y la demostración de que su injerencia en la descripción típica tornaba imposible la distinción que se hacía entre elementos objetivos y subjetivos del delito (ya que en un elemento objetivo como era el tipo aparecían elementos subjetivos), fue decantando una corriente del pensamiento penal que comenzó a considerar equívoco el orden estructural que hasta entonces se había empleado. Calificando a quienes lo mantenían de *causalistas* (por insistir en la acción como una relación puramente causal "de resultado", ajena a toda valoración –acromática–, la que aparece en el delito sólo a partir de la antijuridicidad), creyó encontrar la respuesta exacta en un concepto realista de la acción procedente de la ontología aristotélica, es decir en un *concepto final de acción* (toda acción es conducta en cuanto contenga una finalidad).

Dicho concepto indicaría que en la teoría analítica del delito las valoraciones se introducen ya en el plano de la acción típica al considerar la finalidad perseguida por el autor, y que la relación psicológica entre éste y su hecho no reside –como hasta entonces se había pensado– en la culpabilidad, sino en la acción misma, no sólo como voluntad de acción, sino como voluntad de acción final (tendiente a un objetivo). De allí dedujo la doctrina *finalista* la necesidad de introducir modificaciones en el orden estructural de los elementos del delito.

En principio, el punto de partida de la teoría analítica tiene que residir en el tipo (aunque no todos los finalistas aceptan esta idea), en cuya teoría no sólo habrá que examinar la acción en cuanto "conducta voluntaria final", sino también, en virtud de la consideración de esa finalidad, la relación psicológica entre el autor y su hecho (dolo, culpa), por lo cual habrá que distinguir entre un *tipo objetivo* (formado por las descripciones no relacionadas con la finalidad –"interna"– del autor) y un *tipo subjetivo* (que describe la relación psicológica entre el autor y su hecho). De tal modo el dolo y la culpa pasan a ser estudiados dentro del tema tipo-tipicidad, y las circunstancias que excluyen su existencia dejan de ser causas de inculpabilidad para convertirse en situaciones de atipicidad. Por consiguiente, en esta estructura, aunque el elemento antijuridicidad (y su negación: la justificación) no difiere en general de los cortes tradicionales, el de la culpabilidad queda limpio de todo contenido psicológico y se muestra descarnado como un puro *juicio de reproche* apoyado en la "capacidad" del autor, y que versa acerca de si las circunstancias del hecho permitieron o no a ese autor adoptar una conducta distinta de la que observó.

Si bien no todos los finalistas parten del tipo en el examen del delito al advertir agudamente que ello podría importar una solapada negativa a reconocer un concepto pre-jurídico de acción (y, por tanto, de causalidad), todos ellos (y hasta algunos que no pueden catalogarse como finalistas ortodoxos) aceptan la configuración compleja del tipo (objetivo-subjetivo), que –sostienen– vendría a solucionar una serie de problemas (como el de la causalidad, en que la causalidad material –equivalencia de condiciones– quedaría limitada por la finalidad –voluntad– del sujeto; es decir, sería "causa" relevante en relación a la punibilidad la que él quiso "poner" según el proceso causal que tuvo presente al actuar; o el de la tentativa, que se mediría como problema de tipo y no tendría que trabajarse con materiales extraídos de la culpabilidad), fuera de apoyarse en un axioma indestructible; que el tipo prohíbe conductas y no resultados (el pensamiento contrario es considerado por el finalismo como una consecuencia necesaria del causalismo).

El finalismo, al ubicar el dolo y la culpa en la acción típica, afirma revaluar el *concepto personal del injusto* (recordemos que por "injusto" se entiende la acción típica y antijurídica), porque al lado del "aspecto objetivo del comportamiento", coloca al dolo –como dirección final de la acción–, la lesión del bien jurídico (disvalor del resultado) y los "elementos personales que funda-

mentan el significado social negativo" (Bacigalupo). La principal consecuencia de este concepto personal del injusto en la esfera dogmática es, básicamente, el de la "personalización" de la antijuridicidad, con lo cual el mismo hecho puede ser antijurídico para un partícipe y justificado para otro (p.ej., puede ser antijurídico para el autor mediato, pero estar justificado para el ejecutor).

No es éste el lugar para discutir la doctrina finalista, ni siquiera pensamos que valga la pena tomar partido en contra o en pro de ella. El finalismo, como en su tiempo el causalismo, aportó soluciones aceptables y soluciones discutibles. El terco debate –que entre nosotros ha llegado a extremos ridículamente virulentos– no tiene razón de ser, porque, como lo hemos dicho ya varias veces, en general las soluciones terminan siendo las mismas –salvo escasas excepciones– cualquiera que fuese la doctrina con la que se operara.

Según el criterio que hemos expuesto, para nosotros la construcción del tipo penal del finalismo (y en esto pecan muchos que nada tienen de finalistas), ha hecho olvidar que el dolo y la culpa no son puras construcciones penales (lo que termina llevando al concepto de *dolo natural* como voluntad de realizar el tipo), sino conceptos recibidos de la teoría general de los hechos ilícitos, cuyos principios tienen que ser respetados por la teoría penal; ese olvido arrastra la consecuencia de hacer muy difícil compaginar un concepto común de acción, obligándonos a teorizar por separado la acción dolosa y la acción culposa, lo cual a nosotros se nos muestra con no pocos inconvenientes prácticos. Pero desconocer que la tarea realizada por los finalistas ha limado asperezas y contradicciones que eran difíciles de aceptar (aunque haya introducido otras nuevas), no es ni útil ni exacto.

Además, hemos de hacer notar que el finalismo, que no pocos muestran en nuestra literatura como el último desarrollo alcanzado por la teoría del delito, y que no pretende hacer otra cosa que dogmática, ha sido puesto en entredicho por una *teoría política* que trata de interpretar "políticamente" el derecho y por quienes, en la esfera de la valoración, sostienen que el concepto personal del injusto está totalmente volcado en la acción (conducta), sin consideración alguna al disvalor del resultado. Esta opinión está corriendo académicamente entre nosotros. Elaborada en sus criterios generales por Zielinski, ha sido reconstruida en detalles por Sancinetti. En concreto, para ellos la base del injusto es el disvalor de la acción ("el injusto es dolo", dice el segundo); el disvalor del resultado sólo opera en ciertos casos, pero a través de aquel disvalor de acción; lo que acarrea una importante serie de consecuencias en la misma teoría del delito (p.ej., todo delito es, en el fondo, "delito de peligro", la inflexión de la teoría pasa a la distinción entre tentativa acabada e inacabada y no entre delito consumado y tentado, etcétera). Para nosotros

esta tesis significa –al menos desde el punto de vista de la lógica formal– la congruencia última del finalismo. Las críticas a ella han sido numerosas (Stratenwerth, Schünemann, etcétera).

§ 144. *UN NUEVO ELEMENTO DEL DELITO: LA ATRIBUIBILIDAD.* – Sin desconocer esta estructura finalista del delito, algunos autores (Maurach, Bacigalupo) insisten en la posibilidad de introducir, acuñado entre la antijuridicidad y la culpabilidad, un nuevo elemento que tiene que ser considerado con la relativa autonomía con que los otros lo son: el de la *atribuibilidad* (Jiménez de Asúa), que estaría formado por todos aquellos aspectos que atañen a la desaprobación del hecho por el derecho, dejando en la culpabilidad propiamente dicha los que se refieren a la desaprobación de un hecho concreto perteneciente a un determinado autor (o sea, en aquél no se considera la "personalidad" del autor). Entre las circunstancias negativas de ese elemento se enumeran algunas que en las estructuraciones más corrientes figuran como causas de inculpabilidad o hasta como impedimentos de punibilidad.

Aunque el contenido circunstanciado de este elemento propuesto por cierta doctrina lo veremos con mayores detalles al hacer el examen de la culpabilidad, se advierte en ella la concepción de un factor o elemento global que se trata después de la antijuridicidad: el de la *responsabilidad* (vocablo que pierde así su significación general), en el cual aparecen la *atribuibilidad* como "responsabilidad por el hecho" y la *culpabilidad* en sentido estricto (Bacigalupo), como responsabilidad del concreto autor.

§ 145. *TRANSFERENCIA DE ASPECTOS TRATADOS EN LA ANTIJURIDICIDAD A PROBLEMAS DE TIPICIDAD.* – Entre nosotros fue Zaffaroni quien propuso que se insertara en el tratamiento del tipo (a veces daría la impresión de que intenta formular una especie de nuevo elemento situado entre el tipo y la antijuridicidad, aunque dudamos que éste fuera su pensamiento), lo que llama *tipicidad conglobante*, en la cual se referencia lo que atañe a la violación del mandato, y por lo tanto, al ataque al bien jurídico, tipicidad que se excluye cuando falta el ataque "prohibido" (consentimiento válido del ofendido, ejercicio del deber jurídico y de actividad fomentada por el derecho, como ocurre en las lesiones deportivas, el tratamiento médico-quirúrgico y las actividades riesgosas permitidas), aunque el derecho no haya otorgado un "permiso" para el ataque (como ocurre en las causas de justificación).

Concibe Zaffaroni una *tipicidad legal*, una *tipicidad conglobante* y una *tipicidad penal*. Esta última es la tipicidad legal "corregida" por la tipicidad conglobante, porque no toda conducta que pueda ser comprendida por la tipicidad legal es, por sí, penalmente típica: lo es cuando a su respecto se puede decir que es conglobantemente típica, es decir, cuando además de estar descripta en el tipo legal, está prohibida según la consideración de la totalidad del ordenamiento jurídico. Por más que una conducta aparentemente se adecue al tipo legal no puede considerarse prohibida cuando otra norma la ordena (cumplimiento del deber), o la fomenta, o queda fuera de la injerencia del Estado (art. 19, C.N.), o está garantizada por el derecho, que prohíbe otras conductas que pueden impedirla.

El pensamiento de Zaffaroni se apoya en un fundamento muy exacto: la ilicitud –antijuridicidad– está "teóricamente" antes que el tipo penal, porque éste, como vimos, designa sólo conductas que ya son antijurídicas (luego explicaremos que cuando el derecho penal "crea ilicitudes", es decir, opera constitutivamente, no lo hace como derecho penal, sino participando del ordenamiento jurídico general); sin embargo, esta tipicidad conglobante puede resultar contradictoria con el concepto estricto de tipo con que él trabaja y redunda en un espectro muy reducido de la ausencia de antijuridicidad (como meros supuestos de "tipos permisivos"), del que no participamos, como diremos al exponer el tema.

§ 146. ***SUPERACIÓN DEL DEBATE "DOGMÁTICO". HACIA UN NUEVO DERECHO PENAL.*** – Cuando se considera imprescindible la superación del debate causalismo-finalismo, que muy pocos pueden tener interés en mantener, ya que, como dijimos, en la práctica, salvo pocas excepciones, las soluciones pueden ser unificadas sin esfuerzo y que si bien el finalismo en muchos aspectos logró afinar el instrumental conceptual del examen del delito, en otros no ha podido desconocer los desarrollos tradicionales de su teoría (Frías Caballero), se suscitan nuevas preocupaciones en el horizonte penal.

No poco ha tenido que ver en ello la idea de Roxin de desencajar la culpabilidad como fundamento o presupuesto de la responsabilidad penal, para considerarla *condición* de la pena, a lo cual se ha sumado el pensamiento crítico sobre el fin y fundamento del derecho penal y la función *política* de la doctrina (criminología crítica y corrientes paralelas) que, en verdad, no pretenden tanto trabajar con el derecho penal tal como hoy lo conocemos, sino que propugnan el reconocimiento de un *nuevo derecho penal*.

Aunque estos conceptos los iremos desenvolviendo al exponer distintos temas, sobre todo cuando lleguemos a la culpabilidad, es conveniente hacer ahora presente que la tarea de Roxin está encaminada a desconocer la culpabilidad como juicio de reproche responsabilizador, para reconocerla como *juicio sobre el merecimiento político de la pena en el caso concreto y con relación al determinado autor*; pero, sin duda, en su teoría la culpabilidad sigue conceptualmente atenida a la relación "autor-hecho contrario al derecho-situación".

Las novísimas corrientes mencionadas, por el contrario, sostienen que ese elemento debe purificarse de toda referencia a esa relación, dejando en él exclusivamente lo que apunta a la "valoración" del sujeto autor, puesto que una cosa es el delito como valoración de un injusto que contraría el orden jurídico, y otra distinta, que se da en otro plano, el enjuiciamiento del sujeto, y trasladar el instrumental valorativo del hecho al sujeto (como lo hace la teoría tradicional de la culpabilidad) importa "facticizarlo", transformarlo en hecho o situación (Bustos Ramírez), desconociéndolo como persona.

En la literatura penal nacional, salvo opiniones bastante aisladas, no aparecen todavía rigurosos defensores de estas novedades, aunque corren publicaciones de ese carácter (sobre todo españolas, como las de Gimbernat Ordeig, Muñoz Conde con otros planteos, etc.); lo que sí se advierte en ella es algún interés por dejar de lado el debate causalismo-finalismo, intentando un examen crítico del finalismo en procura de reconocer lo que puede resultar aceptable de sus formulaciones (Frías Caballero), que en algunos se ha presentado como deseo de "adaptar" dicha doctrina a la ley argentina (Campos).

II. La teoría positiva del delito y de la pena. Elementos del delito en cuanto presupuestos de la pena y condiciones de aplicación de ella

A) Generalidades. Orden de los elementos estructurales del delito y el tipo

§ 147. *Ubicación del tipo en la teoría analítica.* – Hemos visto que el tipo es el puente que une la teoría general del hecho ilícito con la teoría del delito, al determinar a qué hechos

ilícitos se asigna una pena; constituye, pues, el "momento conceptual" a partir del cual el hecho ilícito pasa a ser *delito* (aunque con la aclaración de que este modo de exponer el fenómeno jurídico sólo importa una figura explicativa). Siendo ello así, es posible sostener que el ordenamiento estructural de él depende, en buena medida, de cómo se articule la teoría del tipo dentro de la teoría del delito.

Hemos caracterizado funcionalmente el tipo como la descripción que da la ley penal y por medio de la cual, entre las múltiples conductas antijurídicas previstas por el ordenamiento general, se eligen las que merecen pena. Si nos atuviésemos exclusivamente a esa función, el tipo tendría que insertarse, por lo menos, después del tratamiento de la antijuridicidad en la teoría del delito, ya que, como presupuesto de la pena, no podría ser típicamente penal lo que antes no fuera antijurídico según el ordenamiento general; a una conducta que en este ordenamiento no esté prevista (explícita o implícitamente) como antijurídica (contraria al mandato), el derecho penal no puede asignarle una pena, es decir, no puede preverla como delito.

El transporte del ordenamiento general al ordenamiento específicamente penal, lo realiza el tipo por medio de una valoración del hecho (conducta) que se viene a sumar a la ya realizada por aquel ordenamiento y que es la que apuntala la asignación de la pena; pero –insistimos– el tipo (la ley penal) únicamente puede formular esa valoración sobre conductas que ya están jurídicamente desvaloradas, es decir que *ya son* antijurídicas. Mas nada impide que, desde el punto de vista práctico, cuando nos enfrentamos con la aplicación de la ley penal a un caso concreto, podamos encarar primeramente el examen que nos permita resolver provisionalmente la típica antijuridicidad de la conducta realizada por el autor para concluir, después, en la negación de su antijuridicidad, porque, si bien se adecua "formalmente" a la abstracta descripción del tipo penal, no reúne los caracteres requeridos por el derecho en general para ser antijurídica (porque no atacó el bien jurídico protegido por el mandato o porque se lo perpetró en situaciones en que el derecho permite el ataque).

Es en este último plano, donde podemos admitir que, en tanto que el tipo penal es de descripción de la conducta prohi-

bida con la conminación de una pena, la antijuridicidad es la "contradicción de la *realización del tipo* de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto" (Welzel); en ese plano, por consiguiente, nada se opone a un tratamiento "autónomo" del tipo, que sea previo al de la antijuridicidad, y entonces, en él, podemos seguir manteniendo el orden estructural tradicionalmente aceptado para considerar el delito: en primer lugar, la acción en cuanto base fáctica; después el tipo como descripción "penal" de la conducta prohibida (a la que se le asigna una pena), y luego la antijuridicidad y la culpabilidad dentro de los moldes que el mismo tipo ha vaciado sobre los modelos de conductas prohibidas, procedentes del ordenamiento jurídico general, pero no perdiendo de vista ese origen.

§ 148. ***Contenido de la teoría del tipo.*** – Esta postrera aclaración nos pone en guardia contra el peligro que constituye el perder de vista la verdadera función que el tipo cumple en la teoría general del hecho ilícito como instrumento de enganche de la teoría del delito en ésta. A la vez nos plantea como problema básico el de tratar de determinar qué contenidos hay que adscribir a la teoría del tipo dentro de la teoría del delito para dotarla de la relativa autonomía admisible –en virtud de la unidad del objeto "delito"– que permita distinguirla de otras teorías, como la de la antijuridicidad y la de la culpabilidad.

§ 149. ***Delito-tipo y figura de delito.*** – Podemos aseverar que la doctrina latina clásica trató la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad desde el punto de vista de la teoría general del hecho ilícito, en la que insertaba las regulaciones específicas que sobre tales elementos traían las leyes penales (por ejemplo, sobre causas de justificación o inculpabilidad, etc.) y las particularidades contenidas en lo que se denominaba "figura delictiva", como señalamiento de lo *antijurídico delictivo*. De tal manera, no se le hacía imprescindible un gran desarrollo del tipo, que se dejaba como problema propio de la Parte Especial.

Según lo adelantáramos, fue en Alemania donde comenzó a elaborarse una teoría diferenciada del tipo, revalidando su importancia en la teoría del delito y distinguiendo su concepto

del más genérico de figura penal. Esa actitud se originó en el examen dogmático del § 59-1º del Cód. Penal de 1870, que versaba sobre el "error" y que disponía que "cuando alguien, al cometer una acción punible desconoció las circunstancias de hecho pertenencientes al *Tatbestand* legal o que agravan la punibilidad, no se le computarán tales circunstancias". Se empezó por distinguir ese *Tatbestand* (literalmente: acción del catálogo o inventario) de la *figura* o *tipo de delito*: en tanto que éste es el conjunto formado por la pluralidad de elementos –expresa o implícitamente previstos por la ley penal– que se refieren a las fases externas e internas del delito y que no sólo "describe" la acción, sino también el "tipo de ilicitud" (antijuridicidad) y la culpabilidad, el *Tatbestand* o *delito-tipo* es la imagen o esquema rector unitario en el cual se conjugan y que domina a todos los elementos de la figura o figuras relacionadas con él (p.ej., figuras serían el homicidio del art. 79, C.P., o los homicidios agravados del art. 80, C.P., delito-tipo "matar a un hombre").

El delito-tipo ejerce el rectorado de las fases externa e interna del delito, no perteneciendo a él aquellos elementos objetivos a los que no debe corresponder otro de la faz subjetiva (p.ej., el resultado de muerte en el delito de incendio) o los puramente subjetivos que constituyen "agregados" a la culpabilidad (p.ej., el fin de lucro en el delito de corrupción).

§ 150. ***El tipo sistemático o en sentido estricto y el tipo general o en sentido amplio (figura).*** – No puede decirse que la doctrina alemana haya participado con mucha fidelidad de estas ideas de Beling, pero ellas sirvieron para distinguir el "tipo en sentido estricto" (cuyo concepto se extraía del mencionado § 59-1º) –que con el tiempo vino a denominarse *tipo fundamentador* o *sistemático*– del *tipo general*, o *figura*, o *tipo en sentido amplio*, siendo este último omnicomprensivo de todos los caracteres del delito como presupuestos de la pena (incluido, por supuesto, el tipo en sentido estricto).

En realidad, lo que más se discutió en aquella doctrina fue sobre cuál es el verdadero contenido del tipo en sentido estricto. Mezger, por ejemplo, lo consideraba como *tipo de injusto*; partiendo del tipo general (que él denominaba *tipo de acción*), la

función dentro de éste del tipo específico era la de determinar "lo antijurídico", a lo que se asigna pena; en otras palabras, el tipo específico o en sentido estricto está constituido por la "antijuridicidad tipificada". Por el contrario, Welzel y sus seguidores excluyen de él todo lo que pueda señalarse como perteneciente a la antijuridicidad (por eso se dice que la teoría de Mezger es bipartita, ya que el tipo engloba a la antijuridicidad, y la de Welzel tripartita, puesto que distingue tipo, antijuridicidad, y culpabilidad).

§ 151. ***INNECESARIEDAD DE LA DISTINCIÓN EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO.*** – Si bien en nuestra doctrina resulta practicable y puede ser importante atender a una teoría del tipo dotada de la relativa autonomía permitida a los componentes estructurales del delito, no parece imprescindible –y en parte puede resultar incongruente con nuestro derecho– que ella recepte la distinción entre tipo en sentido estricto y figura o tipo general, especialmente porque la ley penal argentina no presenta la base problemática que determinó la laboriosa distinción emprendida por los alemanes.

Aunque en estos últimos tiempos algunos de nuestros tratadistas, aun en sus comentarios del derecho argentino, se apoyan en la distinción (Zaffaroni, Bacigalupo, Tozzini, etc.), no fue ésa la actitud de quienes introdujeron o afirmaron entre nosotros las nociones de tipo y tipicidad. Soler, por ejemplo, consideró inútil la distinción en el derecho argentino. Núñez, por su parte, da un concepto de tipo que, si lo pusiésemos en el idioma científico de Beling, se adecuaría al de figura: "determinación conceptual de la figura formal del hecho punible", con lo que dogmáticamente entiende por tipo la "característica jurídica del hecho punible que representa la base fáctica alrededor de la cual giran la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad".

No necesitando, pues, nuestro derecho realizar esfuerzos para reducir el estudio del tipo a un tipo sistemático o específico o, en sentido estricto, realizarlos, puede más bien sembrar confusiones que aclarar el instrumental dogmático.

§ 152. ***EL TIPO COMO DESCRIPCIÓN TOTAL DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO.*** – Deducimos, por lo tanto, que dogmáticamente entre nosotros parece inútil pretender construir una teoría del tipo tan absolutamente autónoma, que aparezca totalmente purificada de aspectos que puedan referir a la antijuridicidad y a la

culpabilidad. El tipo lo describe todo y, en ese sentido, todo pertenece al tipo; todos y cada uno de los elementos del delito tienen que ser típicos. Para circunscribir la conducta que el derecho penal considera merecedora de pena describe la acción, pero también delimita o "circunstancia" la antijuridicidad y la culpabilidad.

Verdad es que, instrumentalmente, podemos extraer del tipo lo que –explícita o implícitamente– dice de la acción, de la antijuridicidad y de la culpabilidad, para sumarlo a los datos que ya nos da la teoría general del hecho ilícito, formando con ello capítulos de estudio separados y relativamente autónomos: pero eso no significa que se pueda confeccionar una teoría del tipo sin injerencia alguna de materias pertenecientes a aquellos capítulos.

Y recordando que el derecho penal se refiere a *delitos* y no al *delito*, el tipo lo concebimos según nuestro derecho como la visualización (anticipada) general de la característica de la conducta propuesta para la pena.

§ 153. ***Tipo y punibilidad.*** – Lo que para algunos puede quedar fuera del tipo, entendido con la amplitud expuesta, es lo atinente a la punibilidad. Si se considera que lo esencial para determinar el delito es la designación de la acción (matar, violar, hurtar, etc.) y sus calificaciones de antijurídica y culpable, y siendo que las regulaciones sobre la punibilidad no integran dicha acción, ellas pueden ser extraídas sin esfuerzo del ámbito del tipo.

Mucho se ha discutido si la punibilidad es un carácter o elemento del delito (Jiménez de Asúa) o una consecuencia de él (Núñez). En realidad la punibilidad es una consecuencia de la acción penalmente típica, antijurídica y culpable; pero sin pena prevista por el tipo no hay delito (aunque en ciertos casos la ley deje de lado la pena para una acción que es adecuada típicamente, como ocurre con las excusas absolutorias). En tal sentido la punibilidad es también materia del tipo en sentido amplio, y ya veremos que, según nuestro criterio, en algunos casos pueden interferir en materia de culpabilidad ciertos conocimientos del autor sobre la punibilidad típica (lo que en general la doctrina común niega).

Una posición de apertura de la consideración del concepto de punibilidad más allá de ser simple consecuencia del delito, es

la de Núñez (aunque sin negar aquella naturaleza), al considerarla como "presupuesto de la pena", integrativa de la definición dogmática de delito, porque "si bien el hecho, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad representan los conceptos estructurales del ente jurídico delito, la limitación de la definición dogmática a esos elementos olvidaría que a la ley penal no le interesa como objeto principal el delito en sí, sino el delito como expresión de los presupuestos legales de la procedencia de la pena", o sea, "el delito punible". Para nosotros, sin punibilidad propuesta por el tipo, es impensable el delito mismo, según lo hemos tratado de explicar y lo ampliaremos más adelante, al hablar en particular del tipo, y después, de la punibilidad.

B) Acción (conducta)

1) Ubicación de la teoría de la acción en el análisis del delito

§ 154. *La acción como punto de partida de la teoría analítica.* – ¿Es la acción o el tipo el punto de partida de la observación del delito en la teoría analítica?

En un plano estrictamente teórico, es lógico pensar que si la acción que interesa penalmente es la descripta por el tipo, la teoría de ella forma parte de la teoría de éste y, por consiguiente, el primer capítulo del examen estructural del delito lo constituirá el tratamiento del tipo. Gran parte de los doctrinarios de nuestro tiempo, particularmente los procedentes del *finalismo*, adoptan ese orden de exposición, ya que para ellos la acción configura el contenido de lo que es "tipo objetivo".

Pero tenemos que recordar que el tipo dota de *tipicidad penal* a la acción, con lo cual ésta se muestra como previa en la consideración estructural. En el examen de un concreto delito esa relación de precedencia es algo que no tiene por qué discutirse: sólo cuando comprobamos la existencia de la acción, puede interesarnos debatir su tipicidad. Siendo así, por razones prácticas y por coincidir con un tratamiento tradicional que ha sido útil y no ha planteado grandes dificultades, hemos optado por partir del estudio de la acción, pero aclarando que las soluciones sobre sus problemas no dependen de elegir uno u otro

criterio de exposición, ya que no es el orden de los factores lo que puede alterarlos, sino otras diferencias conceptuales.

En un examen judicial de los casos, normalmente los aspectos de la acción se tratan directamente como examen del tipo. Si bien teóricamente se los puede diferenciar, ni siquiera en ese plano estamos obligados a considerar una teoría de la acción en la que sólo tomemos en cuenta los aspectos genéricos que se extraigan de la teoría general de los hechos ilícitos; podremos –y muchas veces será imposible obviarlo– remitirnos a aspectos de la acción que necesitan de su especificación por el tipo, lo cual no significa que no podamos formalizar con ella un apartado dentro de un esquema de relativa autonomía, como ocurre con los demás elementos del delito en sus relaciones con el tipo.

§ 155. ***Debate sobre el encuadramiento de la teoría de la acción y su importancia en la teoría del delito.*** – Para muchos el concepto de acción tiene, en la teoría del delito, el cometido de "establecer el mínimo de elementos que determinan la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal", o sea "el mínimo relevante para la imputación penal" (Bacigalupo); de tal manera, ese concepto dependerá de los elementos del juicio de valor constituido por el tipo penal, el que puede referirse a distintos aspectos de la acción, que no en todos los tipos serán iguales (el tipo puede referirse a la relación causal, a la finalidad de la conducta, a los motivos del autor, etcétera). Dependiendo, pues, el concepto de acción, de lo descripto en el tipo, la teoría de éste constituye el capítulo inicial dentro del cual habrá de examinarse la acción. En otros términos, se niega que la acción pueda ser tratada en el plano anterior al del tipo.

Para otros ello puede implicar colocarse en una postura "idealista", de exagerado "positivismo jurídico", "pretendiendo que es el tipo el que crea la conducta", ya que el concepto de conducta se hace depender del tipo. La acción sólo concebida como "acción realizadora del tipo", por un lado, esfuma el concepto genérico de ella y no toma en cuenta que no es verdad que lo único que interese al derecho penal sea la conducta típica, pues en él pueden adquirir importancia conductas que no lo son (como las de la víctima en ciertos delitos, p.ej., el estupro –art. 120, Cód. Penal–) (Zaffaroni).

Aunque esto último no sea un argumento definitivo –puesto que las conductas atípicas que toma en cuenta el derecho penal siempre están referidas a las conductas típicas del autor *para configurarlas*–, lo primero merece consideración especial, ya que puede determinar una inútil duplicación de esfuerzos en la teoría

del delito sobre elementos que han sido elaborados en la teoría general del hecho ilícito, que no pocas veces implica contradicciones. Y cuando se pretende trabajar con un criterio "realista" (pre-jurídico) de acción, no es posible manejarse con conceptos que necesitan del tipo para construirse (Zaffaroni), lo cual, por lo menos dentro del finalismo, no deja de ser un fuerte argumento.

Razón tienen, sin embargo, quienes han señalado que la corriente finalista ha terminado desmoronando el concepto común y superior de la acción en consideración *a las características de los tipos*; de ahí que aparezcan teorías distintas para los delitos de acción positiva u omisiva, dolosos y culposos. Pero últimamente la corriente crítica (al menos en parte) cree que puede iniciar el tratamiento del delito a partir del tipo, considerando que tiene que ser superado el modelo hegeliano del *delito es acción*, para encontrar su fundamento en el *bien jurídico*, ya que éste es el que permite "determinar qué acciones pueden atribuirse a un tipo legal determinado y cuáles quedan sin consideración para el derecho penal" –por lo tanto, "la acción por sí no dice absolutamente nada al derecho penal", siendo el bien jurídico "el que permite que una determinada acción aparezca como relevante" para él–; "el concepto fundamental y vinculante para el injusto no es la acción, sino el bien jurídico y el primer aspecto a considerar dentro del injusto *tampoco es la acción, sino la tipicidad*" (Bustos Ramírez).

Resumiendo el debate: quienes creen que en derecho penal sólo hay que hablar de una acción con importancia *penal*, parten del tipo en el examen del delito (incluidos los que desplazan la acción como base del delito); quienes sostienen que es menester examinar un concepto prejurídico –común para todos los tipos– de acción, necesariamente tienen que comenzar por la teoría de la acción. Creemos, por nuestra parte, que se puede tener en cuenta un concepto "jurídico" de acción, sin que ello nos impida proponerla como primer capítulo de la teoría del delito.

2) Concepto de acción

§ 156. *Causalismo y finalismo.* – Aparentemente la doctrina moderna sigue polarizándose en dos conceptos de acción diferenciados: *causalismo* y *finalismo*. Para el primero la acción sería el movimiento corporal producido por (o que responda a) un acto de voluntad; para el segundo, trátase de la acción voluntaria final: la acción se concibe como conducta en

cuanto actividad u omisión con las que el autor persigue un objetivo. Parece ser que los finalistas piensan que para el causalismo la acción únicamente adquiere el carácter de conducta al llegar a la culpabilidad (lo cual no es exacto, pues ello constituye un "causalismo puro", difícil de encontrar en el panorama penal).

En verdad, pensar en un movimiento corporal o en una inacción voluntarios marginados de la finalidad, no es admisible. Sin embargo, como vimos, no necesariamente hemos de entender la finalidad como el querer lograr algo: nos basta con que ella se dé con el querer hacer o no hacer algo. Pero no es éste el problema de teoría general que nos preocupa, sino el particular interés que reviste la acción en el derecho penal.

En este particular aspecto, tienen alguna razón los finalistas, no precisamente porque se trate de una consecuencia ontológica del concepto de acción, como ellos creen, sino porque viene motivado por la relación teórica: si el derecho penal selecciona conductas que ya son hechos ilícitos de responsabilidad subjetiva para adjuntarles una pena, es muy díficil pensar en la acción trasplantada a lo penal sin consideración alguna a la culpabilidad del agente, por lo menos en la medida necesaria para prefigurarse como hecho ilícito.

Pero no constituye un obstáculo insuperable para la teoría del delito que se resuelva tratar en ella la acción como conducta con finalidad de querer hacer o no hacer, dejando para el tratamiento de la culpabilidad el examen de la finalidad hacia un objetivo determinado (hacer o no hacer *para*, hacer o no hacer *como*), que relaciona la finalidad con el tipo y sirve de fundamento material al juicio de reproche. Esa ordenación no entraña las dificultades que los finalistas temen; las soluciones no difieren mayormente en una y otra tendencia, y más de una vez, obvia la dificultad de distinguir la voluntad final *sobre* los hechos que contiene el tipo, de la voluntad final de *concretar el tipo en su totalidad*. En otras palabras, reconocer la acción como quehacer voluntario final, no nos obliga a tratar en su teoría el objetivo (el para qué) de esa finalidad. Podemos, por tanto, conformarnos con el concepto de acción como *manifestación de voluntad*, pero *proyectada*, es decir, lanzada hacia el futuro, hacia adelante.

Adelantamos que es difícil encontrar un "causalismo puro", como piensan algunos finalistas. En realidad, ni antes ni ahora se moldea la acción como puro acontecer causal, porque desde que se lo connota como voluntario, se lo está connotando como final (Campos). La idea expuesta en el párrafo anterior, ha sido explicada por Mezger. El finalismo insiste, sin embargo, en que con ello no se toma en cuenta la finalidad, con lo cual el derecho se convierte en un orden regulador de procesos causales y no de conductas, lo cual evidentemente es una exageración polémica que no merece mayores comentarios; es ésta una consecuencia en que ningún "causalista" ha pensado ni querido y muchos la han despejado cuidadosamente. También se sostiene que el "causalismo" parte de un concepto *penal* de conducta, que ha pretendido que el derecho penal cree ese concepto sin respetar el concepto óntico-ontológico (Zaffaroni), o sea que la esencia del causalismo es que hay un concepto de conducta propio del derecho penal, cuando en realidad éste es un pecado más propio del finalismo que, aun partiendo de un concepto real de acción, al poner en consideración la finalidad de ella con la concreción del tipo, sólo puede entrar a considerar la *conducta penal* (y por eso hemos visto que la mayor parte de los finalistas comienzan el estudio del delito por el tipo). Estas críticas anticausalistas han originado contraposiciones irreductibles pero falsas, que han derivado en una vana polémica deformante de la dogmática argentina.

En muchos expositores aparece rondando la idea de que los tratadistas no finalistas elaboran un concepto de acción sin finalidad y por tanto *sin verdadera voluntariedad*. La acentuación de la finalidad (como logro de algo) llevó al finalismo a consustanciar la finalidad con el dolo y la culpa; la acción, para ser voluntariamente final, tiene que ser dolosa o culposa; si no lo es, no será ni final ni, por tanto, voluntaria. Pero, para sostenerlo, tuvieron que desprenderse de los conceptos tradicionales; por lo menos, del concepto tradicional de dolo; ello dio origen a un concepto *natural* de dolo (avalorado, sobre el que volveremos al hablar de la culpabilidad), que lo trata como pura *intencionalidad* (no como voluntad de quebrantar el mandato); pero como la culpa también importa intencionalidad, a la postre la distinción tiene que establecerse según se persiga o no "la tipicidad" (con lo cual dolo natural termina por no ser tan avalorado). Es más, últimamente se nota un deslizamiento hacia la distinción entre la conducta propiamente intencional y la meramente voluntaria (p.ej., en la agresión que legitima la defensa bastaría para algunos la conducta voluntaria, aunque no sea intencional), lo que no condice mucho con los arranques de la doctrina, porque se está

planteando que para la acción basta la voluntad, aunque ella no contenga una finalidad (intencionalidad). Para nosotros, la circunstancia de seguir trabajando con un concepto tradicional de dolo y culpa en la culpabilidad no desconoce el carácter final de la acción como conducta (del que el delito como hecho ilícito no se puede desprender), válido tanto para el dolo (como voluntad de quebrantamiento del mandato) como para la culpa (como voluntad de inobservancia del deber de cuidado). Los problemas que entraña el finalismo pueden ser superados, como a la vez él permite superar otros procedentes de las doctrinas que combate, en tanto se quiera salir del terreno de la pura polémica.

§ 157. *Concepto social de acción.* – Aunque más adelante lo ampliaremos, señalamos aquí que parte de la doctrina sostiene lo que se ha llamado *concepto social de acción*. En realidad no pocas confusiones se han introducido en lo que sobre él se dice. En sus orígenes trató de ver la acción como "unidades de sentido social funcional que tienen que ser comprendidas según las concepciones, experiencias, costumbres de la vida social" (Erberhart Schmidt), lo cual importaba una "actualización" de la conducta desde el punto de vista de la "actualidad" de protección del bien jurídico. Pero no faltan quienes reducen el concepto a la exigencia de que la acción "trascienda a terceros", "perturbe el orden social", "afecte realmente el bien jurídico", lo cual, sin dejar de ser exacto, es una interpretación demasiado pobre de las llamadas *teorías sociales* de la acción.

§ 158. *La acción como conducta de un autor. Personas jurídicas. Derecho penal de acto y derecho penal de autor.* – El concepto de acción precedentemente expuesto proviene de la teoría general del hecho ilícito del que se responde subjetivamente, que sólo puede ser *conducta* y, en cuanto tal, *conducta de un autor*, lo cual indica que es inútil ponerse a meditar en la punibilidad de las *personas jurídicas*, que jamás pueden aparecer como *un autor* que asume conductas.

Nuestro derecho requiere, para que sea viable la punibilidad, que el sujeto sea *autor de un hecho* (*derecho penal de hecho*); sin embargo, en la evolución moderna del derecho penal no han faltado intentos de fundamentar la punibilidad en las *características personales del sujeto*, sin necesidad de referenciarlo como *autor* de un hecho (a lo más el hecho cometido sería la ocasión de imposición de la pena, pero no su funda-

mento), con lo cual se castigaría a una "personalidad", no un hecho: al ladrón, no el hurto (*derecho penal de autor*).

> En el derecho penal de autor la conducta se toma como síntoma de una pesonalidad peligrosa para el derecho que, como tal, merece pena. El tipo no tiene que describir ya el hecho (la conducta), sino al sujeto como personalidad. Mientras el derecho penal de hecho apoya la punibilidad en la culpabilidad por el hecho (culpabilidad de acto), es decir en el reproche por lo que se hizo cuando se podía hacer algo distinto ("legal"), en el derecho penal de autor la culpabilidad en todo caso está constituida por el reproche de la "personalidad", de lo que el hombre es, no de lo que hizo. No han faltado doctrinas moderadas en esta última corriente que atemperan sus consecuencias con exigencias pertenecientes a la culpabilidad del acto. En nuestro derecho el derecho penal de autor, que contradice al derecho penal liberal, es inconstitucional (Zaffaroni).

§ 159. ***DELITOS PROPIOS Y DE PROPIA MANO.*** – Por medio de la descripción del tipo la figura del autor adquiere distinta importancia, con variadas repercusiones en el examen del particular delito. Hay delitos que pueden ser cometidos por cualquier persona, en los cuales la calidad del autor o el carácter de su acción en relación con esa calidad son indiferentes (*comunes*), pero hay otros en los que la acción interesa penalmente cuando la realizan autores que reúnen determinadas características, como, por ejemplo, la de ser funcionario público en algunos delitos contra la administración, o ser ascendiente o descendiente de la víctima en el homicidio calificado del art. 80, inc. 1°, C.P. (*delitos propios o especiales*).

En la mayor parte de los delitos existe la posibilidad de que la acción sea *ejecutada* por una persona que no adquiere por ello el carácter de autor, cuando a su conducta le faltan rasgos de culpabilidad, traspasándose ese carácter a quien hizo actuar u omitir a ella, empleándola como instrumento de su obra (*autoría mediata*). Pero hay delitos en que sólo el ejecutor material de la acción puede adquirir la categoría de autor, sin posibilidad de que se dé una situación de autoría por tercero, según lo explicado precedentemente (*delitos de propia mano*). Así ocurre con los delitos carnales, como la violación o el estupro, donde sólo puede ser autor el ejecutor de la acción (el que accede carnalmente).

Tanto los delitos propios como los de propia mano suscitan tensos conflictos en el tema de la participación, donde los puntualizaremos.

§ 160. *Elementos de la acción. Voluntad y finalidad. Previsión del curso causal.* – Aun limitando el concepto de acción como manifestación de voluntad proyectada, él nos indica que, por lo menos, son dos sus componentes estructurales: la voluntad del autor y la manifestación (trascendencia) de ella al mundo exterior a él.

Hemos dicho que, en resumidas cuentas, *voluntad implica finalidad*, lo cual indica que tiene que darse en el autor, en primer lugar, la ideación de la acción como proyecto, es decir como entidad que se transferirá al mundo exterior, en el que se insertará como realidad; de ahí que el proyecto importe la posibilidad de prever el desarrollo de la acción en el mundo exterior. Faltará, pues, la voluntad y con ello la acción como conducta, en todos los casos en que el sujeto no haya proyectado desde su ideación su actividad o inactividad (actos involuntarios: movimientos reflejos y fisiológicos), o cuando se lo hace intervenir en el proyecto de otro, en el que no converge con el suyo propio (fuerza física irresistible).

La circunstancia de que la voluntad no pueda concebirse sino como ideación proyectada explica que dentro de los conocimientos fundamentadores de la ideación que convierte la acción en conducta, muchas veces tengan que estar comprendidos el objeto (material) del delito, los modos de actuar sobre él, los medios a emplear para hacerlo y las consecuencias que su utilización producirá (directas o indirectas, queridas o simplemente previstas); lo que indica que, en alguna medida, la *acción-conducta* requiere la previsión del curso causal (lo que se producirá o se podrá producir en el mundo exterior). Sin embargo, ya que tal previsión es fundamento del juicio de reproche, podemos diferir su tratamiento hasta la culpabilidad.

Como se ve, no rechazamos la doctrina finalista en su totalidad y en lo que tiene de aporte útil; lo cual no nos parece exacto –por lo menos no lo es en todos los casos y con ello impide un concepto unitario de acción válido en la teoría de los hechos ilícitos y por tanto del delito– que la finalidad siempre sea la de *lo-*

grar algo determinado que termina siendo el pensamiento de Welzel (entre nosotros de Zaffaroni, entre otros) cuando configura la finalidad como "programación" de producción de un resultado, es decir como "anticipación bio-cibernética del resultado". La acción como proyecto es previsión del desarrollo de la acción en el mundo exterior, pero no siempre anticipación de un determinado "resultado".

§ 161. ***Delitos de olvido como delitos sin conducta.*** – En los delitos culposos se da la nomenclatura de *delitos de olvido* a aquellos en los que el autor deja de realizar una conducta cumplidora del deber de cuidado por no recordar que debía realizarla (olvidar de apagar la llave de paso del gas, etcétera). Alguna vez se pensó que en esos delitos la acción no requería voluntad (Manzini), tesis totalmente superada. Sobre la cuestión volveremos al hablar de la culpa inconsciente.

§ 162. ***Regulaciones "especiales" del derecho penal.*** – Los que se han expuesto son materiales que provienen de la teoría general del hecho ilícito, aunque podemos encontrarnos con que el derecho penal contiene algunas regulaciones que se refieren a ellos, como lo relativo a la ausencia de voluntad (p.ej., sobre fuerza física irresistible); en tales casos opera como ordenamiento jurídico general y no específicamente como derecho penal. Pero sí lo hace como tal cuando trae disposiciones que importan la exigencia de determinadas finalidades en la formación de la voluntad, que se agregan a lo que en general basta para considerar voluntaria la acción (p.ej., fin de lucro), o que requieren un particular conocimiento (saber que se mata al ascendiente en el homicidio calificado) o que se refieren a las particulares circunstancias en que la voluntad se forma (emoción violenta), porque en esos casos lo que se hace es configurar el hecho ilícito como delito mediante limitaciones del mismo tipo penal (son los llamados *elementos subjetivos del tipo*).

§ 163. ***Exterioridad de la acción. "Cogitationis poena nemo patitur".*** – La voluntad sólo es jurídicamente relevante cuando se ha *manifestado*, es decir cuando se revela en el mundo exterior al sujeto, incidiendo en él. No hay responsabilidad sin la trascendencia de la voluntad al mundo circundante del

autor; las meras "ideas", lo que ha quedado circunscripto en la mente de éste, no permite responsabilizarlo. Tal principio, perteneciendo a la teoría general del hecho ilícito, ha adquirido una formulación propia en derecho penal: "cogitationis poena nemo patitur" (no se castigan los pensamientos).

Pero las exigencias de manifestación exterior de la voluntad no son iguales en todas las ramas del derecho: en el derecho civil es más estricta que en el derecho penal; ya que aquél dispone la reparación como consecuencia de la responsabilidad, necesita de la concreción de un "daño", en tanto que éste, al retribuir con la pena, tiene que atender más a lo "voluntario" que a lo "producido", por lo cual puede conformarse con la existencia de la acción manifestada, aunque esa manifestación no se haya concretado en un daño.

§ 164. ***El resultado. Delitos de lesión y de peligro. Delitos de simple actividad.*** – La voluntad aparece manifestada en el mundo exterior con la incidencia de la acción en él, es decir cuando se suma a su realidad. De un modo general puede denominarse a dicha incidencia *resultado*; pero, como hemos indicado, la amplitud con que dicha incidencia es receptada en derecho penal, puede ser muy dilatada.

En muchos casos los tipos penales sólo toman en cuenta resultados que, trascendiendo de la acción u omisión, se autonomizan y quedan como entidad una vez que ella ha cesado; esos resultados pueden ser de *lesión* (daño), en los que el objeto material del delito queda modificado (el hombre convertido en cadáver en el homicidio, la estatua destruida en el daño), o de *peligro concreto* en los que, si bien el objeto material del delito no ha quedado modificado, su objeto jurídico (bien jurídico protegido por el mandato) ha corrido un efectivo peligro de verse vulnerado, p.ej., la seguridad común en el delito de incendio (en ambos casos hubo un "objeto" comprometido por lo cual se puede reservar la denominación de *delitos de resultado* para ambas categorías).

Pero no faltan casos en los que el derecho penal presenta, como presupuesto de la pena, acciones que se manifiestan en el mundo exterior (son "percibidas" en él), pero en las que esa manifestación no llega a trascender autónomamente de aqué-

lla, es decir su trascendencia exterior se consustancia con la acción misma, dura lo que ella y desaparece cuando ella cesa. Estamos entonces en el campo de los delitos llamados de *simple o mera actividad* (abuso deshonesto, tenencia de armas). Para nosotros se confundirían con ellos los llamados *delitos de peligro abstracto*, expresión que hace referencia a que en ellos el legislador considera que la acción en sí constituye ya un peligro para el bien jurídico, aunque no se acredite que lo haya corrido efectivamente (se parte de considerar que "normalmente" esa acción es peligrosa); aunque doctrinariamente las dos categorías puedan diferenciarse, dogmáticamente no sólo es muy difícil hacerlo, sino hasta inconveniente, puesto que las consecuencias de ese orden son las mismas. Veremos más adelante que, entre nosotros, Núñez introduce también la categoría de los *delitos formales*.

> La doctrina moderna tiende a distinguir la *lesión del objeto ("material") de la protección* de la *lesión del bien jurídico protegido*. Esta última es requerida por todos los delitos, aun los de simple actividad, con lo cual, en tal sentido, todos serían delitos de resultado. Pero no todos requieren la lesión del objeto material del delito, en la cual está implicada la lesión del bien jurídico; éstos son los delitos de *lesión o de resultado propiamente dicho*, y serían los únicos en los que se plantean los problemas de causalidad.
>
> Sin duda, hoy está en crisis la aceptación de los *delitos de peligro abstracto*. Se comienza por señalar que el peligro siempre tiene que ser valorado *ex ante*, pues, ya observada la conducta, ha desaparecido la incertidumbre que la misma noción de peligro entraña y, por tanto, el juez no puede juzgar *ex post*, mejor dicho, cuando lo hace no juzga ya un "peligro". De ahí que se considere que la diferencia entre los delitos de peligro concreto y abstracto no es de fondo, sino procesal; en los primeros es necesario que se pruebe la existencia del peligro corrido, al paso que en los segundos se presume el peligro constituido por la conducta hasta que no se pruebe lo contrario; o sea, estaríamos ante una inversión de la carga de la prueba (Zaffaroni). Esto responde a que parte de la doctrina excluye la tipicidad del delito de peligro abstracto cuando se acredita la imposibilidad del surgimiento del peligro (Bacigalupo). En principio, pues, en el delito de peligro abstracto basta probar la realización de la conducta típica, por lo cual desconocería él el principio *nullum crimen sine iniuria* (Barbero), con lo que se facilitaría el castigo en virtud "de una deter-

minada visión moral, política o social" (Bustos Ramírez). Estas ideas han conducido a la mayoría de nuestra Corte Suprema a considerar indirectamente inadmisibles en nuestro derecho penal los delitos de peligro abstracto (al referirse a la tenencia de drogas para uso personal), invocando el art. 19 de la Const. Nacional. Desde nuestro punto de vista, no creemos que la norma constitucional pueda invocarse con esa amplitud, pero, dejando de lado el debate específicamente constitucional, advirtamos que renunciar a la configuración penal de delitos de peligro abstracto importa atar las manos del derecho penal como factor de ordenamiento social (que, por supuesto, siempre se basa en la particular visión actual de lo que debe ser ese ordenamiento). Por otro lado, el peligro viene valorado ya *ex ante* por el legislador y con ese material juzga el juez *ex post* (una cosa es valorar y otra es juzgar según las valoraciones que son dadas). Y no es verdad que baste con "constatar la conducta", sino que el juez tiene que comprobar si esa conducta encuadra en el peligro previsto por el legislador, es decir, debe constatarla "*como peligrosa*" según la valoración de la ley (esto es común en nuestra jurisprudencia en delitos como los de tenencia de armas). Es, por tanto, incorrecto hablar, en el caso, de una inversión de la carga de la prueba. En el delito de peligro abstracto la injuria al bien jurídico protegido está –como en cualquier delito de simple actividad– en la *conducta peligrosa* misma. La visión del delito de peligro abstracto como "delito sin injuria", se apoya en una inadvertencia: que siempre en ellos hay una *protección* generalizada; que no se protege la salud de determinados individuos, sino la de la población; que no se protege la tranquilidad de determinados ciudadanos, sino la tranquilidad de la comunidad que procede del mantenimiento del orden institucional, etcétera. Si se prohíbe conducir ebrio, no es para proteger la integridad de las determinadas personas que se hallen en el camino, sino la de todos.

§ 165. *LA ACCIÓN EN LOS TIPOS DE FORMULACIÓN "LIBRE" Y EN LOS TIPOS DE FORMULACIÓN "CASUÍSTICA".* – Normalmente el derecho penal se conforma con la incidencia exterior de la acción en los términos que hemos expuesto, pero en ciertos casos requiere que la acción se manifieste en determinados lugares (p.ej., lugar habitado), en determinado tiempo (p.ej., horas nocturnas) o circunstancias (p.ej., tiempo de guerra), o se lleve a cabo con empleo de determinados medios (p.ej., ganzúa, llave falsa), o de determinados modos (p.ej., alevosía); cuando el tipo introduce algunas de estas exigencias para punir la acción,

se habla de *tipos de formulación casuística* (o circunstanciada), reservando para los demás casos la denominación de *tipos de formulación libre*.

§ 166. *El nexo de causalidad. Teorías.* – Los delitos que podemos mentar como delitos de "resultado propio", es decir los de lesión y los de peligro concreto, plantean el problema del *nexo de causalidad*; la lesión o daño que ha sufrido el objeto tiene que haber sido producido por la acción; el peligro que efectivamente ha corrido el objeto en el que se representa el bien jurídico, tiene que haberse originado en la acción.

En un plano natural, cualquier factor que aparezca como condición del resultado dentro de su proceso de producción, puede ser catalogado como "causa" de él (*equivalencia de condiciones*). Pero, evidentemente, el derecho no puede cargar a un hombre con la responsabilidad por un resultado sólo porque él haya puesto una de las tantas condiciones integrativas de su proceso causal, ya que ello implicaría exigencias exageradas de conducta; lo obligaría a prever sus consecuencias más remotas, de modo "antihumano" y por tanto, inaceptable para el derecho (que regula conductas en condiciones humanas). De ahí que se procure determinar, dentro de la serie causal, aquella o aquellas condiciones que humanamente (es decir, jurídicamente) puedan ponerse a "cargo" del hombre para que él responda de un resultado. Surge así una serie de teorías sobre la causalidad, que más que explicativas de su concepto, tratan de limitarla jurídicamente (como factor de responsabilidad), aunque, sin duda alguna, la *equivalencia de condiciones* no desaparece en ninguna de ellas como base naturalística de la consideración causal, y que, en sí, importa ya una limitación de ese orden, porque toda conducta que no pueda considerarse inserta en un proceso causal como condición, no podrá ser examinada jurídicamente como causa (recordemos que en el derecho primitivo, p.ej., con relación a las prohibiciones tabú, ello no era necesario para responsabilizar).

Las teorías que tratan de determinar la limitación jurídica del alcance de la causalidad se distinguen entre sí por poner el acento en distintas circunstancias, como la consideración de la "normalidad" del operar del hombre en dirección (o con previ-

sión) a un determinado resultado ("humanamente" –o "normalmente"– se considera causa de ese resultado a la acción que se ha realizado –*teoría de la causalidad humana*–), o el carácter específicamente determinativo de una de las condiciones que integran el proceso causal (aunque todas condicionan el resultado, éste puede asignarse primordialmente a una de ellas –*teoría de la causalidad adecuada*–). Pero, en mayor o en menor medida, todas ellas están guiadas por el interés de especificar, en la serie causal, alguna de las condiciones como preponderante para referirse exclusivamente a ella como *causa*.

En cuanto el derecho señala la procedencia de la responsabilidad por medio de la descripción de conductas productoras de un resultado, permitiéndonos unir ambos extremos en una noción única, sus fórmulas son las que nos facilitan con mayor seguridad la determinación de tal condición preponderante. Y como en derecho penal esa tarea la realiza el *tipo*, bien podemos buscar en él la acotación de lo que jurídicamente es causa del resultado que integra la descripción de la conducta (*teoría de la causalidad típica*), remitiéndonos, en primer lugar, a un criterio de preponderancia "objetiva", que se apoya en un concepto vulgar (corriente) distinto de una consideración naturalista extrema del proceso causal ("vulgarmente" se acepta que "mata" el que dispara un arma de fuego contra otro, pero difícilmente ese pensamiento se extenderá a la acción del joven deportista que hace correr a su veterano antagonista en un partido de tenis colocándole la pelota fuera de su alcance, haciéndolo hasta provocarle un paro cardíaco), y, en segundo lugar, insertando en el examen la dimensión del alcance de la voluntad del autor respecto de las finalidades de su acción, extendiendo o restringiendo la causalidad a ciertas condiciones (quien en procura –dolosamente– de la muerte de otro, elabora con su acción una condición del proceso causal, será "causante" de la muerte cualquiera que sea la importancia de aquélla; pero eso no ocurrirá cuando la muerte no ha sido procurada –causación culposa–, pues la previsión –previsibilidad– de la conducta adoptada "como causa" se da dentro de límites restringidos; puede prever su conducta como "causa" el dueño del hospedaje que sirve al viajero un pescado en mal estado que lo mata, pero difícilmente pueda prever su conducta como causa

de muerte si lo que hizo fue colocar la cama en un lugar con corriente de aire que le produjo una pleuresía; sin embargo, si él hubiese querido causar la muerte por ese medio, no podríamos negar el carácter de causa a la condición que puso).

Parecería que esto último –que no deja de constituir una clarificación aportada por la doctrina finalista– se introduce indebidamente en un esquema de causalidad típica. Pero, sin recurrir al tipo complejo de los finalistas, recordemos que es el tipo mismo el que, entre otras cosas, determina si la acción penalmente relevante es la dolosa o la culposa, y la causalidad, *como factor de responsabilización*, no adquiere igual dimensión en uno y otro caso. En este aspecto, pues, la indistinción de alguna doctrina tradicional partidaria de un laboreo analítico en compartimientos estancos, tiene que ser superada.

§ 167. ***El tema de la causalidad en la evolución de la doctrina penal contemporánea.*** – La doctrina reconoce que es la causalidad típica la que pone el "límite jurídico" que reduce todo lo excesivo que provendría de la aplicación de la teoría de la equivalencia de condiciones. Se insiste en que el problema jurídico-penal no es el de la causalidad en sí (entendida naturalísticamente), sino el de la causalidad típica. Si bien en la base de la teoría está la equivalencia de condiciones, es el tipo penal el que indica al intérprete "cuál de esas condiciones se adecua a la relación causal propia del hecho social captado por la ley" (Núñez).

Aunque aparentemente no ha dejado de ser criticada, más que nada en razón de algunos fallidos intentos de su formulación, la teoría de la causalidad típica termina siendo aceptada masivamente en la moderna doctrina. La necesidad de determinar una causalidad "relevante" dentro del cúmulo de condiciones integrativas de un proceso causal, surge de la nítida distinción entre "ser causa" y ser "responsable" (Bacigalupo), y como lo que interesa al derecho es la responsabilidad jurídica, es evidente que sólo a través de su normatividad puede el intérprete determinar la relevancia que al derecho interesa y sólo a través del tipo la relevancia que interesa al derecho penal.

Este mecanismo de "corregir" la causalidad natural para reducirla a la causalidad jurídico-penalmente relevante, recibe hoy la denominación de *teoría de la imputación objetiva*, intentando purificar la cuestión de la causalidad en la teoría del delito, de pesos demasiado grandes, procedente de criterios naturalísticos, para centrar la atención sobre su verdadero sentido jurídico-penal de atribución de un resultado como factor de responsabilización. Esta teoría (Honig, Roxin) nada tiene de novedosa; trata

de exponer, quizá con mayor precisión, la teoría de la adecuación típica; también en ella, partiendo de la equivalencia de condiciones –como presupuesto *sine qua non* de elaboración– se trata de "*corregir*" (*limitar*) *sus consecuencias*, empleando los "principios deducidos de la naturaleza de la norma y del fin de protección de la misma" (Bacigalupo).

Sin embargo, no queda del todo claro el mecanismo de corrección, no tanto porque se esté en corrientes inconciliables, sino porque se emplean criterios de "tipo" y "tipicidad" que pueden ser conflictivos.

Al esforzarse por distinguir el plano naturalístico de la causalidad de su plano jurídico-responsabilizador, Zaffaroni expone un criterio general que tiene que ser manejado con cuidado: el problema de la causalidad pertenece al mundo de la naturaleza; al mundo de la conducta pertenece la previsión de la causalidad, y a partir de allí encontramos el problema jurídico. Siendo así, el correctivo jurídico de la equivalencia de condiciones está en el tipo subjetivo; la relevancia de la condición viene establecida por el querer del autor, por su dolo, es lo que ha elegido o considerado en orden al fin (resultado) que ha perseguido. En esto coincide con Honig, en cuanto él fundamentó el límite de la imputación en los delitos dolosos de la misma manera ("es imputable el resultado que puede ser pensado como colocado conforme al objetivo"). En el texto nosotros no hemos rechazado tal limitación, pero sin pretender agotar con ello el juicio de causalidad jurídico-penal; creemos que esta causalidad no es un puro problema de "previsión", sino también de límites objetivos derivados de los criterios sociales de ataque al bien jurídico protegido, lo cual nos permite lograr conceptos comunes, no sólo restringidos a una especie de delitos. Por su parte, y desde sus particulares puntos de vista estructurales, Bustos Ramírez critica a Roxin porque inserta la cuestión de la *imputación objetiva* como un problema de tipo, puesto que para él es un problema de antijuridicidad, de afectación del bien jurídico, lugar donde coloca el disvalor del resultado, que es lo que interesa en el tema que tratamos. Y no deja de tener razón, porque objetivamente no podrá ser considerado "causa responsabilizadora" el factor del resultado que el derecho excluya de la responsabilización (p.ej., el comprendido en la actividad riesgosa permitida, en cuanto no se haya superado el límite del "riesgo permitido"). Sin embargo, toda esta problemática se origina en pretender trabajar con un concepto restringido de tipo que, como vimos, no es el que nosotros empleamos. Conforme con nuestra concepción, donde en el tipo está todo, podemos fácilmente admitir que los correctivos de la equivalencia de condiciones están en él, ya por medio de lo que

el mandato que ha receptado aporta (ataque al bien jurídico, contenido subjetivo de la conducta), ya por medio de las especificaciones y limitaciones que introduce en esos materiales. En otras palabras, podemos suscribir sin complicaciones la *teoría de la imputación objetiva* como un modo más preciso, pero sin contenido diferente, de la teoría de la *causalidad típica*.

§ 168. *ESQUEMATIZACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN.* – En los parágrafos precedentes hemos reiterado referencias a la llamada *teoría de la imputación*, que, como vimos, pretende superar muchos de los problemas que plantean las distintas teorizaciones sobre la causalidad. Como ella no ha sido muy elaborada todavía en la doctrina nacional, es conveniente dar una noticia más concreta, aunque esquemática, que permita entender mejor las anteriores referencias, así como también las críticas que hemos esbozado.

En realidad, la teoría de la imputación no se plantea circunscripta como puro problema de acción, sino como problema de tipo, ya que es desarrollada por quienes rechazan una estricta consideración de la acción como elemento estructural previo al tipo, viendo en éste el arranque de la teoría del delito, puesto que lo carente de la relevancia penal (social) que aquél inserta, es "ajeno al concepto de delito". Pero también se considera que aun la acción coincidente con un tipo puede ser ajena al derecho penal; ello ocurre cuando no le es ella "imputable" al autor; tal imputación se presenta, entonces, como el elemento básico del tipo.

"Por imputación objetiva se entiende la pertenencia objetiva de un hecho descripto en el tipo a su autor", lo que depende de la posibilidad objetiva de haber sido autor de ella por haber tenido la posibilidad de evitarla; por tanto, "no es objetivamente imputable la realización de una descripción típica y de su resultado cuando no ha sido dominada o dominable por la voluntad del autor (actos reflejos, estados de inconsciencia y de fuerza mayor)". La relación causal, como tal, no es un elemento autónomo de la tipicidad, sino que lo es en cuanto se piense en ella como posibilidad objetiva de pretender; en otras palabras, cuando el resultado se puede considerar "expresión o consecuencia de una finalidad objetiva". El centro de la teoría se desplazaría, pues, hacia el autor, aunque despersonalizado, ya que dicha relación objetiva se personaliza en la llamada *imputación subjetiva*, que se desarrolla en la esfera de la culpabilidad (un explicativo resumen puede verse en Gómez Benítez).

Como ya hemos sostenido, si bien no deja de mostrarse como una original exposición del tema, en sus consecuencias

prácticas no trae soluciones distintas de las que pueden ofrecer otras teorizaciones sobre causalidad.

§ 169. *Concausas. Concausas interrruptivas: sobrevinientes y preexistentes.* – La limitación de la causalidad a los efectos de su consideración jurídica como factor de responsabilización, nos enfrenta a la cuestión de las llamadas *concausas*. En un concepto general se puede entender por *concausas* todas las condiciones de un resultado que integran su proceso causal, pero, al menos en nuestra doctrina, se ha reservado la denominación para aquellas condiciones que, no habiendo dependido del autor, que puso otra condición jurídicamente relevante, tienen tanta preponderancia (causal) en el proceso, que bloquean la responsabilidad de aquél por el resultado producido, limitando dicha responsabilidad, en todo caso, al resultado que se puede considerar –jurídicamente– "causado" por dicho autor, o sea a aquel que hubiese debido ser considerado si la concausa no hubiese determinado la producción de otro distinto: el que hirió con su cuchillo a quien, al ser conducido al hospital, muere en el trayecto a causa de un accidente automovilístico, no responderá de esa muerte, pero sí de las lesiones que causó, pese a que, sin duda alguna, en el plano natural, dichas lesiones fueron "condición" para que la muerte se produjese.

Estas *concausas* plantean a veces problemas difíciles de resolver para determinar la preponderancia de las condiciones en cotejo, como ocurre, por ejemplo, en el caso en que la falta de atención a las lesiones inferidas por el agente, no ha impedido el desarrollo de la efectividad letal de ellas, cuando hubiese sido posible (infecciones sépticas, desangramiento, etcétera). Es dificilísimo en estos casos dar criterios generales; la preponderancia siempre dependerá de las particulares situaciones en que el proceso se desarrolla: no será lo mismo resolver el caso de quien causa una pequeña herida a su antagonista, que otro infecta dolosamente, o por una negligencia de limpieza en donde es atendido por profesionales del arte de curar, que el caso de quien lo deja desangrándose en medio del monte o lo lastima con golpes propinados con un alambre aherrumbrado, produciéndole heridas de gran poder séptico; en el primer caso es evidentemente difícil responsabilizar al agente por la muerte;

en los otros lo que será difícil será *no* responsabilizarlo por ella.

Como se ve, aquí operan los correctivos del tipo (en sentido amplio) de acuerdo con los mecanismos precedentemente expuestos.

En todos los ejemplos que hemos citado hasta aquí, nos hemos referido a concausas *sobrevinientes*, es decir a condiciones que ingresan en el proceso causal después que el agente ha puesto su condición. Se habla de *concausas preexistentes* para referirse a condiciones insertadas en el proceso con anterioridad a la puesta por el agente; en ellas la determinación de la preponderancia, que condensa o no la responsabilidad por el resultado, depende en mayor medida de los mecanismos psíquicos que rigen la conducta del autor: no se podrá dejar de responsabilizar por la muerte del hemofílico, a quien "quiere" matarlo produciéndole una pequeña herida, o al enfermero por la del diabético a quien atiende, que por no ir a buscar otro producto le suministra azúcar, en el primer caso porque el agente quiso poner la herida como "causa" que funcionó como tal; en el segundo, porque debió prever la injerencia de la condición que él ponía en el proceso causante de la muerte; pero será muy dudoso que podamos responsabilizar por la muerte del hemofílico a quien, queriendo sólo lesionarlo, le arranca una uña, desconociendo que sufría tal afección (sin perjuicio de penarlo por el delito de lesiones), o por la muerte del diabético al anfitrión que, ignorando la enfermedad de su huésped, le suministra alimentos azucarados que le provocan el coma.

§ 170. ***Unidad del concepto de acción. La acción en los delitos dolosos y culposos.*** – El concepto de acción que hemos proporcionado es común a toda la teoría del delito y abarca tanto los delitos dolosos como los culposos. La circunstancia de que la acción tenga que ser considerada como final –en el sentido que hemos expuesto– no implica, por sí, que tenga que ser contemplada de distinto modo en unos y otros, aunque los juicios de valor que el derecho emite sobre ella puedan completarse sin salir de las descripciones del tipo en los primeros y en los segundos haya necesidad de referirlos a descripciones

cuya sede se encuentra en otras ramas del derecho. Tampoco esa unidad conceptual se ve desconocida por la circunstancia de que los delitos culposos se reduzcan a delitos de resultado (de daño o peligro concreto) y los dolosos se extiendan a delitos de mera actividad (aunque desde el punto de vista lógico cabe pensar en un delito de mera actividad culposo, dogmáticamente parece incongruente).

La exagerada atención a un concepto "pre-jurídico" de acción, la creación doctrinaria del "dolo natural", etc., han complicado –inútilmente, a nuestro juicio– la teoría de la acción en la doctrina contemporánea, que, quiérase o no, casi termina viendo como irreductibles –en la teoría del delito– la acción dolosa y la culposa, motivando un tratamiento autónomo en mayor medida que lo necesario. En primer lugar, recordemos los conflictos que afrontó el finalismo para encarar el concepto de acción típica culposa ante su particular concepción de la acción final, y sobre todo, al volcar en el tratamiento del tipo todo lo atinente a la relación psicológica del autor con su hecho. No parece conveniente referir aquí la primigenia concepción de Welzel sobre la culpa, que fue dejada de lado, pero es interesante advertir los esfuerzos de la doctrina, que en general, emplea su estructura analítica del delito, para sostener que *la finalidad* también se da en los delitos culposos, ya que si en lo doloso "lo prohibido es la puesta en marcha de la causalidad en dirección al fin típico", los tipos culposos "prohíben conductas atendiendo a la forma de seleccionar los medios para obtener el fin y no en razón del fin mismo"; entonces el tipo prohíbe una conducta final, pero no lo prohíbe por el fin, sino "por la forma defectuosa en que el fin se procura" (Zaffaroni).

Dijimos que consustanciar el tipo con "lo prohibido" es una mala práctica porque la prohibición está antes del tipo, y si unimos –en unidad inescindible– conducta y fin, resultará que el tipo, al no prohibir el fin, no estará prohibiendo la conducta; por ello muchos refieren la prohibición en los delitos culposos a una conducta "precedente". Sin embargo, todo esto no es más que un modo de decir lo que la doctrina latina tradicional (por lo menos, desde Carrara) ya había descubierto: que si en el delito doloso hay un querer hacer lo típico, en el delito culposo hay un querer hacer lo prohibido en el mandato por ser peligroso para el bien jurídico.

El concepto de acción como *manifestación de voluntad proyectada* que nosotros hemos empleado, sin duda puede ser tachado de un simple cambio formal, de un modo de decir distinto de cosas que ya se han dicho, pecando en la misma medida que otras

tendencias doctrinarias; pero muchas veces las formas de decir las cosas repercuten con posibilidades conceptuales que otros modos bloquean, y creemos que ese modo nos permite pensar en un concepto unitario aceptable en toda la teoría del delito. En tal sentido intentamos superar un concepto irreal de acción que la reduce a un simple "querer el movimiento" y que se atribuyó al causalismo, como asimismo un concepto "final" útil para los delitos dolosos pero extremadamente conflictivo para los culposos, ya que dentro del "proyecto" tanto cabe el querer con finalidad causal como la mera previsión de una eventual incidencia causal.

Por otro lado se subraya que la acción sólo puede tener importancia jurídica cuando se apoya en la ideación de un proyecto, mas no cuando no aparece ideada en función del mismo, según vimos al citar los casos de ausencia de acción. Sin duda alguna el proyecto requiere ciertos conocimientos fundadores de las previsiones, pero su examen puede ser derivado a otros estratos del delito, quedando para el capítulo de la acción el mínimo de la posibilidad de reconocer que la ideación proyectada existió.

§ 171. ***PROBLEMAS DE CAUSALIDAD DE LOS DELITOS CULPOSOS EN LOS TRATAMIENTOS DE LA DOCTRINA ACTUAL.*** – Para nosotros es, en principio, aceptable trabajar con las limitaciones de la tipicidad en los delitos culposos, con la diferencia que hemos visto respecto de los correctivos arrancados de la subjetividad del autor. "La misma relación causal –que en el art. 79, C.P.– requiere el tipo del art. 84 del C.P., pues el concepto social de muerte accidental a que alude, también rechaza las vinculaciones del deceso de la víctima con sus coeficientes indirectos y carentes de eficacia mortal en el caso concreto" (Núñez). Algunos autores, sin embargo, tratando de incluir una mayor precisión en la "causalidad culposa", hablan de una "relación de determinación" (Zaffaroni) entre la conducta violadora del deber de cuidado y la producción del resultado. También, dentro de los esquemas de la *teoría de la imputación objetiva*, se menciona esa relación como "conexión de antijuridicidad" (Bacigalupo), la cual se reduce a reconocer, como principio, que la "causalidad culposa" no se llena sólo con los extremos de que la conducta inobservante del deber de cuidado haya producido el resultado, sino que es necesario poder concluir que dicho resultado se produjo en el desarrollo de la situación de peligro creada por la conducta, con lo cual, si se llega a la conclusión de que el resultado se hubiese producido igualmente aunque el agente hubiese adoptado una conducta de acuerdo al deber de cuidado, no se le podrá atribuir penalmente a éste.

Tal principio no deja de ser correcto –mientras no se exageren sus consecuencias–, pero reconozcamos que también es un

modo de expresar conclusiones que desde hace mucho tiempo se vienen elaborando en nuestra doctrina y jurisprudencia sobre la culpa: la distinción entre factores intervinientes en el resultado o "meras condiciones" de él y "causa"; el rechazo de la atribución de responsabilidad por culpa por la mera infracción reglamentaria cuando ésta no se puede relacionar "causalmente" con el resultado, todo el andamiaje sobre la diferencia entre la culpa irrelevante de la víctima, reconociendo el principio de que "en el derecho penal no hay compensación de culpas", y la culpa de la víctima interruptora de la relación causal entre la acción descuidada del agente y el resultado, es aplicación de los términos de la relación que dejamos dicha. La solución ha sido la misma, aunque se haya formalizado con otras palabras.

§ 172. ***CRISIS DEL CONCEPTO UNITARIO DE ACCIÓN EN LA DOCTRINA PENAL CONTEMPORÁNEA.*** – La negativa a considerar un concepto unitario de acción no se reduce hoy –según lo adelantamos– a su consideración dispar entre los delitos dolosos y culposos: ha pasado a ser un axioma que es levadura de la multiplicación de diferentes "teorías del delito".

La crisis del concepto unitario de acción se acrisola en el finalismo, ya que dentro de sus esquemas no se puede dar un concepto de acción genéricamente válido para los delitos de acción y de omisión, dolosos y culposos. Desde su punto de vista, el finalismo, tanto en su fundamentación como en su despliegue crítico sobre las teorías que engloba bajo la denominación de "causalistas", procura demostrar que "el concepto causal estrictamente naturalístico" no tiene ningún valor como concepto unitario, dado que "sólo puede aplicarse a los delitos dolosos e imprudentes que hubiesen consistido en un 'hacer' algo positivamente", pero es insuficiente "para explicar los comportamientos omisivos": siempre faltará en la omisión "la característica de la causalidad"; "nunca podrá ser una voluntad de causar porque es precisamente lo contrario; es la voluntad de no poner en marcha un curso causal, o de no interferir en un curso causal en marcha".

Aunque después volveremos sobre los problemas de la omisión, advirtamos ya que la consecuencia lógica de esta actitud es una drástica disminución de la importancia de la teoría de la acción en la estructura del delito: "En el mejor de los casos... puede reservársele a la acción una modesta... función negativa... de delimitación... de comportamientos irrelevantes para el derecho penal, por no constituir 'acciones'... por no haber sido dominados, o no ser dominables por la voluntad del sujeto" (Gómez Benítez).

Creemos haber indicado que a lo que la doctrina finalista llama "causalismo" es exagerado imputarle una conceptualización de la acción como estricta "voluntad de causar"; por el contrario, nos parece que ha sido precisamente ella la que ha partido de tal concepto para imponer sus distintas matizaciones sobre la teoría de la acción.

3) Formas de la manifestación de la voluntad

§ 173. *Acción (positiva) y omisión.* – La voluntad puede manifestarse en el mundo exterior mediante un *hacer*, que lo modifica, o mediante un *no hacer*, que lo deja tal como estaba; doble "caracterización" de la acción que tampoco quiebra la unidad de su concepto, pues también en el no hacer la no modificación del mundo exterior constituye, respecto del autor, una manifestación de voluntad proyectada.

Según consideremos un hacer o un no hacer, nos hallaremos ante *delitos de acción* (de acción propiamente dicha) o *delitos de omisión*, clasificación que nada tiene que ver con la de los delitos según sus resultados, aunque ya veremos que si los delitos de acción pueden ser de *resultado* o de *simple actividad*, es imposible hallar, en nuestro derecho (sí en otros), delitos de *pura omisión* previstos como "delitos de resultado".

En la doctrina moderna se ha renunciado a concebir la omisión en una etapa pre-típica, porque sólo por medio del tipo podemos saber qué es omisión y qué no lo es, pues la omisión sólo puede serlo con referencia a una accion que no se realizó, y la acción que no se realizó únicamente puede estar en el (deducirse del) tipo. Se concluye así en que, como formas de conducta "anterior a cualquier referencia típica", sólo "hay acciones", y que la consideración de la omisión necesariamente tiene que aparecer a partir de los tipos que nos describen la conducta debida según las reglas de un mandato, con un enunciado preceptivo que obliga a realizarla (Zaffaroni).

En verdad esta actitud de la doctrina procede de las ingentes dificultades que tuvo para resolver el problema causal en las omisiones. Pero, sin duda, el escepticismo se agravó cuando se concibió la finalidad de la acción exclusivamente como *lograr algo*, y con la exageración de un análisis estructural demasiado rígido, especialmente en materia de tipo.

Sin embargo, hemos de tener en cuenta, como ya lo hemos advertido, que tampoco para la consideración "penal" de la acción podemos desprendernos del tipo, y que si podemos decir que en la acción "el agente ha impulsado mediante una energía positiva el curso causal" y en la omisión "ha dejado de emplear la energía necesaria para intervenir en un nexo causal no creado por él" (Bacigalupo), llegamos a una descripción común válida, ya que jurídicamente ambas tienen que medirse por el mandato y el tipo.

Acentuando la atención sobre los llamados "delitos de olvido", se ha dicho que en la omisión –a diferencia de lo que siempre ocurre en la acción– la inactividad "puede resultar ajena a un efectivo impulso voluntario" y que, entonces, para considerar la omisión como contenido de la voluntad del agente, basta con la posibilidad de que éste haya podido "desenvolver libremente el impulso voluntario hacia la acción ordenada por el tipo legal", por lo cual "en este sentido se puede decir que la voluntariedad de la omisión, de la cual depende su pertenencia al autor, es meramente potencial, pero es una manifestación de voluntad, porque no se trata de una voluntad impotente o aniquilada por fuerza física irresistible o por otra causa" (Núñez), por lo que el contenido de la voluntad se mueve absolutamente en un plano de "poder", sin referencia alguna al plano del "querer" que está en su base, y la coordinación de la voluntad en potencia con lo que es realmente "manifestación" de ella, aparece como una estructura ficticia, meramente "pensada" para no quebrar el concepto común de acción.

La omisión es una de las formas de manifestación de la voluntad porque el sujeto no quiere actuar, aunque su relevancia jurídica tengamos que obtenerla en consideración a lo que tenía que hacer y dejó de hacer.

§ 174. ***Delitos de acción (o de acción propiamente dicha).*** – Son, pues, aquellos en que la acción típica se describe como una conducta activa, por lo cual, en su configuración natural se muestra como un "hacer". Ahora bien, si lo castigado es el hacer, lo prohibido será también el hacer, por lo cual en su configuración jurídica (por el mandato transgredido), estos delitos constituyen la violación de una prohibición (de un mandato prohibitivo). El que comete "homicidio", viola el mandato que le prohíbe matar; el que comete "hurto", viola el mandato que le prohíbe desconocer la tenencia de las cosas de otro.

§ 175. ***Delitos de omisión.*** – Por el contrario, son delitos de omisión aquellos en los que la acción típica se describe como una conducta pasiva; desde el punto de vista natural la acción es un "no hacer". Por lo tanto, si lo que se castiga es el no hacer, el mandato que se desconoce es el que impone un determinado hacer, o sea, en estos delitos el autor desobedece un mandato imperativo. El padre que no presta alimentos a sus hijos menores o incapacitados, desconoce el mandato que le obliga a prestarlos y comete así el delito de "omisión de deberes de asistencia familiar" (ley 13.944). Aunque como conducta la omisión es categoría general en cuanto base fáctica del delito; se mencionan estos casos como delitos de *simple omisión* u *omisión propia*, para distinguirlos de los delitos de comisión por omisión, que veremos en el párrafo siguiente.

Por lo común, los delitos de pura omisión u omisión propia aparecen legislativamente como delitos de simple conducta (de simple omisión), en los que la punición atiende al peligro abstracto que la conducta misma importa para el bien jurídico. Así ocurre con la omisión de auxilio del art. 108, Cód. Penal. Ello es lógico, pues si el "resultado" de la omisión es dejar el mundo exterior tal como estaba antes de la conducta, todo cambio en él (como una lesión, o el corrimiento de un peligro efectivo para el bien jurídico) estará más allá de la simple omisión. Ello no significa que el legislador desconozca la lógica si, en delitos de simple omisión, llega a requerir –como presupuestos para la punibilidad– ciertos resultados de lesión o peligro concreto, mostrados como condiciones objetivas de punibilidad no pertenecientes a la conducta o hasta integrativos de la conducta típica, de lo cual no encontramos ejemplos a mano en nuestro derecho, pero sí en otros. En tal sentido hay que tener cuidado de interpretar como delitos de simple omisión los que, en realidad, son delitos de comisión por omisión: por ejemplo, alguna doctrina argentina ha parecido presentar algunos casos de abandono de personas (arts. 106 y 107, C.P.), como delitos de omisión, siendo que, en verdad, la conducta prevista es la de "poner en peligro la vida o la salud de otro", lo cual podrá hacerse omitiendo los cuidados que el agente está obligado a prestarle, con lo que se echa de ver que se estará ante un delito de comisión por omisión (excepcionalmente previsto expresamente) y no de simple omisión.

De más está decir que, en todo caso, el delito de omisión propia quedará marginado de la típica antijuridicidad cuando se trate de una conducta claramente "no peligrosa" para el bien

jurídico; principio general aplicable a cualquier delito de peligro abstracto, según ya lo hemos adelantado, lo cual, por supuesto, es otra cosa.

§ 176. ***Delitos de comisión por omisión o de omisión impropia.*** – Ocurre que se dan casos en los que el derecho espera, de ciertos sujetos, una determinada conducta que considera necesaria o útil para impedir una modificación del mundo exterior constituida por la vulneración de un bien jurídico o su puesta en peligro, cuyo ataque ha sido prohibido, reforzándose dicha prohibición con la amenaza de la pena. En ellos, si el sujeto de quien se espera la conducta impeditiva del curso causal que conduce al resultado constitutivo del atentado al bien jurídico, no la realiza, viola el mandato prohibitivo de dicho atentado, es decir, la viola *con su omisión*. La madre que "mata" al hijo dejando de amamantarlo, viola el mandato que prohíbe matar, omitiendo el hacer al que estaba obligada, que hubiese impedido la muerte; la enfermera que no suministra el medicamento prescripto al enfermo que cuida, agravándose así su enfermedad, al omitir viola el mandato que prohíbe lesionar. Tales son los delitos llamados de *omisión impropia o de comisión por omisión*.

§ 177. ***Obligación jurídica de actuar. La posición o situación de garante.*** – En estos delitos, siendo que la conducta está constituida por un hacer, sólo puede ser autor quien "no debe omitir"; en la mayoría de los delitos cuya base fáctica es la omisión, es autor el que está jurídicamente obligado a actuar. Quien no tiene esa obligación no responde, en ningún aspecto, por las consecuencias de su inacción: ni por la permanencia del mundo exterior tal como estaba, ni por las modificaciones de él que su hacer hubiese impedido, aun en el supuesto de que no actuase pudiendo hacerlo.

La doctrina, para referirse al grupo de autores que pueden serlo de estos delitos, emplea la expresión *posición o situación de garante*, queriendo significar con ella que sólo quien tiene la obligación jurídica de preservar el bien de que se trata mediante un hacer modificatorio de la realidad o impeditivo de esa modificación, puede asumir dicho papel.

Tradicionalmente se reconoce que la posición de garante se da en los casos en que tal obligación es taxativamente puesta a cargo de un sujeto por la ley (en el ejemplo que hemos puesto de la madre), o ha sido asumida contractualmente (o, en general, voluntariamente) por él (p.ej., en el caso de la enfermera), o le es exigida porque ha sido él quien ha creado la situación de peligro que puede desarrollarse hasta producir el efectivo menoscabo del bien jurídico (p.ej., abandono de la persona a quien haya incapacitado, art. 108, Cód. Penal). Estas fuentes son válidas para los delitos de comisión por omisión; para los de omisión propia generalmente el derecho amplía la categoría de obligados a la preservación del bien jurídico de un modo más general (p.ej., art. 108). Sin embargo, para aquéllos se advierte una fuerte tendencia a extender la posición de garante con gran amplitud (p.ej., al que ejerce el control general de una fuente de peligro, como puede serlo el encargado del mantenimiento de los rodados de una empresa).

§ 178. *Cuestión de la omisión impropia en la doctrina contemporánea.* – Sin duda, lo que más preocupa a la doctrina contemporánea al tratar los delitos de comisión por omisión, es el hecho de que su reconocimiento puede colisionar con el principio de legalidad en cuanto se trata de tipos "no escritos" (son "tipos de interpretación", Schmidthäuser): la ley pune al que mata, pero literalmente no pune al que no impide la muerte. Si por un lado se plantea esa objeción, por el otro, dejar de reconocerlos importaría poner al descubierto un amplio campo de permisividad al ataque del bien jurídico que el mismo tipo comisivo protege; en consecuencia, los tipos omisivos impropios aparecerían como el agotamiento necesario del contenido prohibitivo del tipo escrito (Zaffaroni).

En este orden de ideas se ha dicho que mientras los delitos de omisión propios parten del mandato que impone una acción sin que para su tipicidad haya que determinar si ella evitó o no el ataque al bien jurídico protegido, en los delitos de omisión impropios la realización del tipo depende de la producción de un resultado (que se haya perpetrado el ataque "efectivo" al bien jurídico) y como a este resultado hace referencia el tipo del delito expresado como acción, en cuanto el mismo ataque se puede producir por medio de una omisión, es evidente que implícitamente dicho tipo hace referencia a ella aunque no la contenga en su literalidad; en tal caso el problema se reduce a establecer "cuándo

no evitar el resultado es punible, equivale a la producción propia del mismo" (Bacigalupo).

En resumidas cuentas, todo tipo de acción prevería, a la vez, un tipo de omisión impropia, pues se daría un caso similar al de la culpa, ya que sería imposible para el legislador prever todos los casos en que una persona puede encontrarse en posición de garante obligado a ejercer una específica protección del bien jurídico que transformaría su obligación en punible; se trataría de un procedimiento no reñido con el principio de legalidad, inoperable en los delitos de omisión propios, en los que, por no requerirse un resultado, es imprescindible la tipificación expresa (cerrada). Sin embargo, esta última relación no es del todo exacta, porque hay delitos de omisión en los que el tipo, sin cambiar de naturaleza, requiere la producción de un resultado (dejar que se produzca algo) (Núñez), aunque ya hemos advertido que no encontramos ejemplos en nuestro derecho (sí apareció en el alemán, en el párrafo que punía el dejar que se produjera una evasión). Por supuesto que la objeción procedente del principio de legalidad se rebate cuando la omisión impropia es tratada legalmente como una extensión del tipo (como lo hizo nuestro Proyecto de 1960-Soler, en su art. 10), o cuando excepcionalmente el legislador lo prevé taxativamente (entre nosotros ciertos casos de abandono de personas del art. 106, Cód. Penal). Creemos que la corrección jurídica de la causalidad permite incluir en ella toda condición "típica" de un resultado, sea ésta la de producirlo –cuando no se lo debía producir– o la de no impedirlo –cuando se lo debía impedir–, por lo cual no nos parece violatoria del principio de legalidad la consideración de la comisión por omisión (en un significado socialmente adecuado de la acción de "matar", tanto mata el que quita la vida a otro, como el que permite que se extinga la vida cuando puede impedirlo).

§ 179. ***Omisión por comisión.*** – Se ha vuelto a hablar últimamente de esta categoría (colocarse en situación de *no* realizar la acción debida o de interrumpirla una vez iniciada), aunque su autonomía es muy dudosa, ya que todos los casos con los que se la ejemplifica encuentran solución como supuestos de omisión propia, o de acción positiva, o son casos de autoría mediata (ver Bacigalupo).

§ 180. ***La posición de garante en los delitos de omisión impropia. Los últimos desarrollos de la doctrina.*** – Aclaremos que la posición o situación de garante se reduce como categoría propia de los delitos de omisión impropia; esa reducción tiene el sentido de descartar la consideración de tales delitos cuando sus auto-

res no reúnen las características de garantes, pero no significa que en los delitos de omisión propios no haya casos de delitos *propios* o *especiales* (al lado de los delitos comunes, p.ej., gran parte de los casos de omisión de auxilio del art. 108, C.P.) en los que las características del autor dependen de un específico deber de guarda del bien jurídico (p.ej., el incumplimiento del deber de asistencia familiar de los "ascendientes", "descendientes" y "cónyuges"). Descartada cualquier confusión al respecto, es interesante advertir cómo se han ido "ampliando" las fuentes tradicionales de la posición de garante (ley, contrato, creación de peligro) que se considera que, siendo de carácter "formal", no explican en su real contenido en todos los casos en que tiene que reconocerse esa posición.

De tal modo se considera que se dan posiciones de garante que surgen de la obligación de defensa de determinado bien jurídico (por relaciones familiares, deberes de representación, comunidad de peligro o habitacional, por asunción voluntaria de la función protectora) y posiciones de garante que surgen de la supervigilancia de fuentes de peligro –de cosas que están en el ámbito del dominio material, o en virtud de la vigilancia sobre el actuar de terceros– (Bustos Ramírez), a lo cual se agrega la garantía de seguridad por las propias acciones, que no es sino el caso de generación de peligro por el propio autor de la omisión (Bacigalupo). Todas estas fuentes pueden reducirse a las "formales" que hemos expuesto en el texto, salvo en lo que se refiere a la comunidad de peligro o habitacional que, más en general, viene connotada como "relaciones de la vida", con una gama muy amplia de situaciones en las que no todas plantean con claridad situaciones de garante (Zaffaroni). Por nuestra parte hemos expuesto dudas sobre algunas consecuencias de la aplicación de la tesis de la vigilancia de fuentes de peligro que pueden estar desacomodadas del principio de la responsabilidad subjetiva.

Tiene que quedar en claro, sin embargo, que la acentuada ampliación de las fuentes de situaciones de garantía procede de una visión y de un propósito distinto de lo que asumiera la teoría tradicional. Ésta se apoya en un criterio "formal"; aquella otra tendencia lo hace en un criterio "material" (*teoría de las funciones*), procurando fijar los "criterios materiales que... sirven para deducir la existencia de tal posición", introduciendo con ello "un inevitable y extenso margen de indeterminación en la tipicidad de estas omisiones" (Gómez Benítez).

§ 181. ***Causalidad en la omisión.*** – De conformidad con lo que hemos explicado, si en los delitos de omisión propios no se

configura la acción típica como manifestación de un resultado que implique una modificación del mundo exterior al autor, en los delitos de comisión por omisión esa manifestación necesariamente tiene que estar constituida por un tal resultado. Lo cual nos conduce a tratar una cuestión que ha preocupado mucho a la doctrina: la de la causalidad de la omisión, puesto que, sin mayores esfuerzos, en los delitos de comisión podemos unir en la conducta la voluntad actuada con un resultado modificador de la realidad, pero no ocurre lo mismo con los casos de omisión.

Por muchas razones el tema puede parecer sobredimensionado en la doctrina con abundancia del debate teórico, sin poner demasiada atención a sus verdaderas consecuencias prácticas (dogmáticas).

Reconozcamos que también la omisión "produce" algo: el mantenimiento de una situación de hecho, o el desarrollo de un acontecimiento que la acción debió impedir, según se trate de delitos de omisión propios o de omisión impropios; ambos son circunstancias en que se manifiesta la voluntad del autor.

Lo dicho nos hace retornar al tratamiento de la causalidad corregida por el tipo en cuanto éste considera la modalidad de ataque, esto es el "cómo" se ataca el bien jurídico para que dicho ataque sea prohibido; cuando el mandato prohíbe una conducta por constituir directamente el ataque (norma prohibitiva-tipos comisivos) "se infringe tanto si el agente causa físicamente el resultado, como si a causa de la situación jurídica en que se encuentra por una omisión suya, se le deba atribuir responsabilidad por el suceso con resultado". Así se explica la causalidad en los delitos de comisión por omisión. La línea que sigue el criterio de la *imputación objetiva* nos dice que: "La relación que debe existir entre el resultado no evitado y la omisión... no es una relación de causalidad (en sentido físico) sino de imputación objetiva. Dicha relación se da... cuando la acción omitida hubiere evitado el resultado producido... ya que no se trata de afirmar la causalidad *real* de la omisión respecto del resultado, sino la *causalidad potencial* de una acción no llevada a cabo" (Bacigalupo), que no es causalidad, sino un procedimiento hipotético (Bacigalupo, Bustos Ramírez); esa afirmación puede producir algunas confusiones en cuanto no ponen debidamente de manifiesto que el *nexo de evitación* (Zaffaroni) es el mínimo con que la condición puesta por la omisión en el proceso causal, puede co-

menzar a ser considerada como base de la responsabilidad jurídico-penal (como la condición puesta por el hacer es el mínimo que se debe tener en cuenta respecto de la misma consideración).

4) El tema de la acción en el derecho penal argentino

§ 182. *Debate en la doctrina argentina entre causalismo y finalismo.* – Basándose en que el art. 34, inc. 1°, C.P., "admite la existencia de la acción a pesar de que el autor no haya podido dirigirla por error o por ignorancia de hecho", sostiene Núñez que el derecho penal argentino no recepta un concepto final, sino causal de acción, tesis que reafirmaría el art. 45, C.P., al describir la coautoría como tomar parte en la "ejecución del hecho" lo cual se opondría a la autoría fundada en el "dominio final del hecho", que sí es propio de un concepto final de acción. En nuestro derecho el que mata, mata aunque no haya querido matar; el que tiene, tiene, aunque no haya querido tener. Sólo por excepción –en la tentativa– el derecho penal argentino emplea el concepto final de acción. Por su parte, los finalistas, como veremos, construyendo el dolo a partir del art. 42 y no del art. 34, inc. 1°, tratan de demostrar que el concepto de acción admitido en nuestro derecho es el finalista.

Mas no reduciendo la finalidad al querer "lograr algo", sino comprendiendo en ella el querer hacer o no hacer algo, la discusión puede superarse; nuestro derecho acepta, como cualquier otro, un concepto final de acción, pero sin la trascendencia y sin la totalidad de las consecuencias, que el finalismo argentino le ha otorgado. Estos conceptos se verán explicados a lo largo del texto.

C) Tipo (tipicidad de la acción)

1) Concepto y funciones del tipo

§ 183. *El tipo como seleccionador de conductas punibles.* – Hemos visto que el tipo es el instrumento por medio del cual, del conjunto de conductas antijurídicas de las que hay que responder subjetivamente (eventualmente culpables), que contiene –expresa o implícitamente– el ordenamiento jurídico, el derecho penal selecciona aquellas que son merecedoras de pena, lo cual hace designándolas por medio de su descripción.

Podemos, pues, concluir que el tipo, como sustantivo, es la descripción de una conducta a la que se asigna una pena, en tanto que la tipicidad, como adjetivo, es la característica de una determinada conducta de ser adecuada a la descripción del tipo. En otras palabras, "el tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta" (Zaffaroni).

§ 184. ***EL TIPO COMO LIMITADOR DEL "IUS PUNIENDI" Y GARANTÍA INDIVIDUAL: PRINCIPIO DE LEGALIDAD.*** – El tipo como descripción y su consecuencia: la tipicidad en cuanto exigencia para que una acción opere como presupuesto de imposición de la pena, cumple una doble función.

Desde un punto de vista que podemos connotar como *externo* con relación a la teoría del delito, limita la extensión del *ius puniendi*: no se podrán castigar con pena más que las conductas típicas, es decir las que aparecen designadas en los tipos; por consiguiente, el tipo importa una garantía para los individuos: la de no ser perseguidos penalmente por conductas que no posean la característica de la tipicidad. Esa función limitadora y garantizadora está integrada constitucionalmente por el *principio de legalidad* (art. 18, C.N.), completado por el *principio de reserva* (art. 19, C.N.), que configuran nuestro derecho penal como un *derecho de legalidad*.

> En el extremo opuesto al derecho penal de legalidad se encuentra el *derecho penal de oportunidad*, donde los tipos sólo funcionan ejemplificativamente y el juez puede asignar penas a conductas no tipificadas penalmente, según criterios políticos (sociológicos), por medio de la aplicación de la analogía *legis* o hasta en consideración a principios generales. El tema es propio de la teoría de la ley penal.

§ 185. ***FUNCIÓN INTERNA DEL TIPO: EL RECTORADO DE TODOS LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL DELITO.*** – Desde el punto de vista *interno*, es decir dentro de la propia teoría del delito, el tipo "rige" todos los elementos que conforman el particular delito, porque es por medio de sus descripciones como tienen que mensurarse los límites de la acción, los extremos de la causalidad (jurídicamente relevante), el bien jurídico protegido cuyo ataque forma el contenido de la antijuridicidad, los fundamen-

tos del juicio de reproche que constituye la culpabilidad y, en los casos correspondientes, determinar los confines de la delictuosidad, que dependen de sus extensiones o modalidades por imperio de regulaciones genéricas aplicables a todos los tipos particulares o a grupos de ellos, como ocurre con la tentativa y la participación.

Ya hemos aclarado que creemos que en nuestro derecho penal este enfoque amplio del tipo es el dogmáticamente más adecuado. Hablamos, pues, de *tipo de delito* o *figura delictiva* y no restringimos la exposición a lo que se ha denominado *tipo fundamentador* o *sistemático*, restricción que, a nuestro criterio, si bien puede aparecer como opción doctrinaria, es susceptible de generar confusiones, como lo adelantáramos.

§ 186. *Nuevos criterios sobre el tipo.* – Parece preocupar a muchos una especie de cesura en la doctrina penal que se polarizaría entre un concepto de tipo como desvalorizador de resultados (lo cual sería propio del causalismo) y otro en que el tipo se muestra como desvalorizador de actos (propio del finalismo), cesura que tendría que ser superada, ya que, si bien no se puede destacar sólo el valor del resultado, tampoco es posible prescindir de él por acentuar el valor del acto.

Uno de los caminos por los que se intenta la complementación imprescindible de ambos extremos en la consideración de la teoría jurídica del delito, es el de considerar que si el tipo contiene la desvalorización del acto, el del resultado está contenido en la antijuridicidad a partir de la consideración del bien jurídico, idea que se redondea con el concepto de tipo como descripción de una determinada situación en la que ya se prohíbe una determinada forma de comunicación entre sujetos (acción u omisión); el tipo no prohíbe "hechos", sino ciertas especies de comunicación entre los individuos, que se dan en las condiciones propias de ciertas situaciones (Bustos Ramírez).

Todo este debate se origina en la tenaz idea de ver el tipo penal como "prohibición" –a lo que nos hemos referido– cuando él nada prohíbe, limitándose a indicar conductas o acciones ya prohibidas para gravarlas con la pena. Ahora bien, es claro que la prohibición que el derecho penal recepciona del ordenamiento jurídico general es una prohibición de determinado ataque a determinado bien jurídico, y, como tal, en el tipo penal confluyen la desvalorización del modo de conducta (ataque), con la desvalorización del resultado (menoscabo del bien jurídico), que él singulariza en función de la pena.

2) Mecanismo de la selección que se realiza a través del tipo

§ 187. ***Posibilidad de distinción.*** – Siendo el tipo descripción de la acción seleccionada para imponerle la pena, al estudiar el mecanismo por el cual se lo realiza, podemos distinguir lo que concierne a dicha descripción y lo que atañe a la designación y aplicación de la pena.

a) La descripción de la acción

§ 188. ***Elementos descriptivos. Núcleo de la acción y circunstancias.*** – El tipo formula, en primer lugar, la enunciación de los elementos de la acción-conducta que el observador (p.ej., el que examina el particular delito, como el juez), puede llegar a conocer por medio de la constatación de su existencia.

Entre ellos encontramos lo que se ha denominado *núcleo de la acción*, constituido por el verbo principal que expresa o indica la conducta (matar, apoderarse, acceder carnalmente, etc.), y sus *circunstancias*. Lógicamente, el tipo es impensable sin el núcleo, pero no sin las circunstancias, que pueden o no estar presentes. Ya vimos que a los tipos que sólo contienen el núcleo, se los califica de tipos de *formulación libre*; cuando también contienen circunstancias, se habla de tipos de *formulación casuística*.

> Algunos tratadistas reducen los tipos de formulación casuística a los que contienen referencia a los "medios" (p.ej., arts. 163, inc. 3°; 172; 181, inc. 1°, C.P.); sin embargo, la "circunstanciación" de la acción expresada por el verbo principal puede extenderse, como a continuación veremos, a elementos de distinto orden, por lo cual podemos ampliar a ellos la denominación.

Las circunstancias pueden referirse al *lugar* de la acción (p.ej., "lugar habitado", art. 167, inc. 3°, C.P.), al *modo* de realizarla (p.ej., "con alevosía", art. 80, inc. 2°, C.P.), a los *medios* que se empleen en ella (p.ej., "ganzúa", "llave falsa", art. 163, inc. 3°, C.P.) o al *tiempo*.

§ 189. ***Delitos instantáneos y permanentes.*** – En realidad, las referencias al tiempo contenidas en el tipo pueden ser

de dos especies; como circunstancias aparecen cuando el tipo contiene la exigencia de un determinado "tiempo" dentro del cual tiene que realizarse la acción, la cual puede ser explícita (p.ej., "durante el curso de un proceso", art. 179, párr. 2º, C.P.) o implícita (p.ej., la necesidad de que la traición se dé en un "tiempo de guerra", requerida por la referencia típica a los "enemigos" de la Nación, art. 214, C.P.). Pero, en ocasiones –sin que aparezca el tiempo como circunstancia–, el mismo carácter de la acción descripta implica la posibilidad de su prolongación en el tiempo, sin solución de continuidad; encontramos, entonces, la distinción entre los *delitos instantáneos*, en los que la acción se consuma en un momento y en él termina (p.ej., el homicidio) y los *delitos permanentes*, en los que la acción consumada puede prolongarse en el tiempo, es decir continuar consumándose por un lapso más o menos prolongado (p.ej., privación ilegítima de libertad).

§ 190. ***El delito continuado.*** – Una forma "anómala" de delito permanente (porque no se infiere de la realidad de la acción, sino que es una creación jurídica), es el llamado *delito continuado*, sobre cuyo carácter nos explayaremos al exponer la pluralidad de delitos.

A diferencia de lo que pasa en el verdadero delito permanente, en el que la prolongación de la consumación de la acción es ininterrumpida (sin solución de continuidad), este delito está integrado por distintas acciones, diferenciadas en el tiempo unas de otras todas ellas típicas, pero que jurídicamente se "unifican" para imponer la pena, como si se tratase de una sola acción típica.

§ 191. ***Repercusiones dogmáticas del carácter permanente del delito.*** – La clasificación del delito como permanente, sea en su forma propia, sea en su forma jurídica de delito continuado, adquiere importancia por sus repercusiones en distintos institutos penales, como el de la participación (en ellos se puede participar mientras dure la acción, aunque no se lo haya hecho desde el principio), o el de la prescripción de la acción procesal penal (en ellos el plazo de prescripción se empieza a contar desde el momento en que cesa la acción, y, si se trata de un de-

lito continuado, desde que se realiza la última acción de las que integran la secuencia de la continuación), temas que desarrollaremos en los lugares correspondientes.

§ 192. ***Ausencia de circunstancias típicas.*** – En los delitos con tipos de formulación casuística la procedencia de la punibilidad presupone que se dé la acción con sus circunstancias, no siendo suficiente la realización de aquélla fuera del contexto de éstas (p.ej., no será punible perjudicar a otro con una simple mentira si ésta no constituye alguno de los "ardides" o "engaños estafatorios" previstos por el art. 172, Cód. Penal).

Como por lo común el grueso de los tipos "circunstanciados" integra los delitos agravados –que son, como veremos, aquellos en los que se acentúa la punibilidad de una acción ya prevista en otro tipo– la punibilidad más intensa no se podrá aplicar en ausencia de las circunstancias, sin perjuicio de la aplicación de la prevista en ese otro tipo (tipo básico): por ejemplo, el hurto perpetrado con la llave verdadera que ha sido dejada olvidada en la puerta no será hurto calificado –art. 163, inc. 3°, C.P.–, sino hurto simple –art. 162, Cód. Penal–.

§ 193. ***Delitos de acción simple y de acciones plurales: alternativas o acumulativas. Delitos de doble acción y delitos plurisubsistentes.*** – Con respecto a las formas de la acción, el tipo puede contener *una* acción –única o simple– (p.ej., apoderarse de la cosa ajena en el hurto) o acciones plurales (múltiples); éstas pueden presentarse como *alternativas* o *acumulativas*. En el primero de estos supuestos, en el tipo se enuncian varias acciones, pero basta que el autor realice una sola de ellas para considerar cometido el delito (p.ej., cometer defraudación "sustituyendo, ocultando o mutilando" algún proceso o expediente, art. 173, inc. 8°, C.P., es suficiente con que el perjuicio patrimonial del tercero se consiga con una de esas acciones para que se dé la particular tipicidad de esta figura de defraudación); en esos casos, si el autor realiza varias de esas acciones no se multiplica la delictuosidad (en el ejemplo puesto, si el mismo perjuicio se consigue sustituyendo parte del expediente y mutilando otra parte de él, se estará ante un solo delito).

En los delitos de acciones acumulativas el autor tiene que realizar las varias acciones enunciadas en el tipo para que se dé el delito. Esas acciones pueden ser heterogéneas (p.ej., "librar" un cheque y "no pagarlo" dentro de las veinticuatro horas de serle comunicada la falta de pago de él, art. 302, inc. 1°, C.P.), en cuyo caso normalmente tenemos los llamados delitos de *doble acción* (que pueden también estar constituidos por una acción y una omisión, como en el supuesto ejemplificado); o pueden ser homogéneas, es decir, el tipo requiere la realización de varias acciones de la misma especie (p.ej., realizarlas "habitualmente", lo cual indica una repetición de ellas, como ocurre en el delito llamado de "curanderismo", art. 208, inc. 1°, C.P.), constituyendo entonces el grupo de los denominados *delitos plurisubsistentes*.

§ 194. ***DESCRIPCIÓN DE LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD COMO RESULTADO. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS POR EL RESULTADO.*** – También pertenece al plano de los elementos descriptivos del tipo la particular conformación que debe asumir la manifestación de voluntad como resultado (en sentido genérico); es decir, la enunciación de la modificación del mundo exterior o de su permanencia sin cambios –según se trate de una acción en sentido propio o de una omisión– que conforman el atentado al bien jurídico protegido y que se pueden considerar consecuencias de la conducta.

De ello se infiere, en primer lugar, la clasificación de delitos que hemos explicado al tratar de la acción y que también depende del tipo, porque es él mismo el que resuelve, con su descripción, si el delito es de *resultado* (describiendo una manifestación de la conducta que trasciende al mundo exterior, permaneciendo en él aunque haya cesado la acción del agente o él haya dejado de omitir –p.ej., el occiso en el homicidio, la cosa dañada en el daño, etc.–) o de *simple o mera actividad* (describiendo una manifestación de la conducta como trascendencia al mundo exterior que dura mientras el agente actúa, pero que desaparece de aquél cuando éste deja de actuar –p.ej., la exterioridad del abuso deshonesto del art. 127, C.P., dura lo que dura el tocamiento inverecundo–).

Ya hemos visto que los delitos de resultado pueden ser de *lesión* o *daño*, donde el tipo se refiere a la acción, mencionándola por el menoscabo que causa al bien jurídico (matar, causar la muerte), o de *peligro concreto*, en el que el tipo se refiere a una acción que importa siempre un peligro efectivamente corrido por el bien jurídico (p.ej., en los casos de abuso de armas; el disparo de un arma de fuego contra una persona o la agresión con otra especie de arma –art. 104, C.P.–), o hace una expresa referencia al peligro (p.ej., en el incendio del art. 186, inc. 1°). En todos estos delitos los tipos –expresa o implícitamente– contienen referencias a objetos materiales cuyo menoscabo o peligro importa, por sí, el ataque al bien jurídico, como después explicaremos.

Hemos hablado, al tratar de la acción, de los delitos de *peligro abstracto*; en ellos el tipo no hace referencia a objetos específicos que sufran las consecuencias de la acción, sino exclusivamente a ésta, a la que se asigna una pena por considerar el legislador que normalmente (según los datos de la experiencia) son peligrosas para el bien jurídico, manteniendo su punibilidad aunque en el caso concreto dicho bien no haya corrido un peligro efectivo (p.ej., tenencia de armas de guerra).

En el capítulo de la acción decíamos que no es fácil distinguir el delito de peligro abstracto del delito de simple actividad, en el sentido de que prácticamente es impensable un delito de peligro abstracto que no sea, a la vez, delito de simple actividad. Pero hay delitos de simple actividad que no se manifiestan como de peligro abstracto, sino que requieren efectivamente la lesión del bien jurídico: si, por ejemplo, el delito de tenencia de armas de guerra no implica, por sí, el menoscabo o peligro efectivo para la seguridad común, o para el orden constitucional, etc., el tocamiento inverecundo en los casos del art. 127, C.P., por sí mismo vulnera el bien jurídico de la libertad sexual, o la injuria verbal importa ya el menoscabo del honor, aunque en ambos casos la trascendencia de la conducta al mundo exterior dure lo que ésta. La diferencia de tales casos con los delitos de peligro concreto, es que, en éstos, la acción recae sobre un objeto material, en el cual encuentra su representación el bien jurídico, en tanto que en aquéllos la conducta recae directamente sobre el sujeto portador (titular) del bien jurídico sin dejar en él secuelas materiales que permanezcan en el mundo independientemente de la acción, o falta en ellos un sujeto portador "individualizado", sobre el cual

recaiga la acción (p.ej., la fe pública en los delitos de tenencia de instrumentos para falsificar).

La consideración de la existencia de estos delitos de simple actividad, cuya tipicidad requiere la efectiva vulneración del bien jurídico, llevó a Núñez a catalogarlos separadamente en una categoría propia: los *delitos formales*, "que demandan, además del comportamiento del autor, un resultado potencial". Para nosotros, de acuerdo con los criterios expuestos, no son más que delitos de simple actividad pero que requieren la efectiva lesión del bien jurídico, aclarando, por otra parte, que Núñez incluye en dicha categoría grupos de delitos que hemos considerado como delitos de resultado (de peligro concreto), como ocurre con muchos casos de falsedades documentales.

§ 195. ***Objeto material del delito.*** – Los delitos de resultado (en sentido propio) requieren que el tipo, explícita o implícitamente, contenga la mención del *objeto material* del delito que, como ya hemos hecho notar, tiene que distinguirse del objeto de la vulneración o ataque, que es el bien jurídico protegido. El objeto material del delito es la cosa sobre la cual recae la acción, como modo de ataque al bien jurídico. A veces el objeto material coincide con el bien jurídico, en el sentido de que es la cosa la que representa por sí misma al bien jurídico (en cuanto relación de disponibilidad por un sujeto) (p.ej., la estatua que es dañada en el delito de daño) o coincide con el mismo titular del bien jurídico (p.ej., en el homicidio el titular del bien jurídico "vida" es, a la vez, objeto del delito), pero tales coincidencias no se dan siempre; es más, en un elevado número de casos ellas no se registran en los tipos penales (p.ej., en el hurto el objeto material es la cosa de que se apodera el agente, pero el titular del bien jurídico "tenencia" puede ser una persona distinta de aquella a quien aquél se la sustrajo).

Cuando el tipo menciona una acción que por su naturaleza puede recaer sobre distintos objetos materiales, pero la limita expresamente a determinados objetos (p.ej., a los "sellos oficiales", art. 288, inc. 2°, C.P., o a los "billetes de empresas", art. 289, inc. 2°, C.P.), si la acción no recae sobre ellos, no podrá considerarse como típica.

§ 196. ***Límites de la causalidad.*** – También al tratar de la acción dijimos que, al fin, es por intermedio de las descripcio-

nes del tipo como tendremos que elegir (limitar), dentro del cúmulo de condiciones que pueden ser "equivalentes" en orden a la producción de un resultado, las que no será permitido considerar "jurídicamente" como causas de él a los fines de la responsabilización del autor. En aquel lugar explicamos también los procedimientos de este examen.

§ 197. *SUJETO PASIVO DEL DELITO.* – Sin salir de los elementos descriptivos, el tipo puede contener referencias al *sujeto pasivo del delito*. Recordemos que si bien en muchos delitos el sujeto pasivo es el mismo titular del bien jurídico protegido, no ocurre así siempre (p.ej., sujeto pasivo del atentado a la autoridad –art. 237, C.P.– es el funcionario público, pero el titular del bien jurídico protegido es la Administración Pública). Además, como hemos visto hace poco, el sujeto pasivo del delito puede poseer –además de ser titular del bien jurídico– la calidad de objeto material del delito (p.ej., en el homicidio la persona de la víctima reúne las tres calidades); de ello se deduce que tenemos que considerar como sujeto pasivo del delito a la persona (física), que sufre o soporta materialmente la acción que, como dijimos, no siempre es el *ofendido* por el delito –expresión que se reserva para designar al titular del bien jurídico atacado– y bien puede ocurrir que no se haya desplegado sobre él dicha acción (p.ej., el ardid estafatorio puede haber inducido en error a una persona, motivándola para que realice la prestación indebida perjudicante, pero el perjuicio económico recaer sobre otro: el tercero propietario del bien que se quita de su patrimonio a raíz de la prestación realizada por el error inducido); por consiguiente, mientras el sujeto pasivo del delito siempre tiene que ser una persona física, el ofendido puede ser también una persona jurídica.

> Parte de la doctrina, para referirse al sujeto pasivo, emplea el término de *víctima*; sin embargo, el contenido proteico que otras ciencias le han asignado, puede tornar inconveniente su empleo en las elaboraciones dogmáticas.

Por lo común los tipos no mencionan específicamente al sujeto pasivo, pero cuando lo hacen –es decir, cuando se trata de delitos de *sujetos pasivos calificados*–, si la acción no recae sobre el sujeto caracterizado por el tipo, no habrá delito (p.ej.,

en el estupro –art. 120, C.P.– el acceso carnal tiene que perpetrarse en una mujer honesta, mayor de doce años y menor de quince; no constituirá –por tanto– ese delito, el acceso carnal realizado en la mujer de dieciséis años, o en la de catorce años, pero que no sea honesta).

En ocasiones el tipo indica el sujeto pasivo como "partícipe" o "contribuyente" en la acción del autor, lo cual implica que aquél presta su consentimiento, o se coloca voluntariamente en situación de sujeto pasivo; el delito se dará cuando dicho consentimiento no pueda considerarse "válido" como renuncia a la protección del bien jurídico (es lo que ocurre en el ejemplo del estupro, al que nos hemos referido, en que el tipo requiere que la mujer consienta en ser accedida carnalmente). En esos casos la ausencia de tal "participación" o "contribución" del sujeto pasivo descolocará la acción del particular tipo de que se trate y, normalmente forzarán su consideración por medio de otro distinto (en el ejemplo anterior el acceso carnal no adquirirá la tipicidad del estupro, pero tendrá que merituarse en orden al delito de violación del art. 119, Cód. Penal).

Hay que aclarar que, por lo común, los delitos de simple actividad, para los que basta el peligro abstracto, carecen de un sujeto pasivo en el sentido expuesto.

Últimamente, en la doctrina española, se emplea la expresión *delito masa*, adscribiéndola a aquellos delitos en los que los sujetos pasivos aparecen como relativamente indiferenciados en razón de las particularidades de la acción (p.ej., ardides estafatorios por medio de publicidad, que llega a un gran número de personas).

§ 198. ***Sujeto activo.*** – También entre los elementos descriptivos del tipo tiene que contabilizarse la mención del *sujeto activo* del delito, que coincide con el *autor*. Las características de la tipicidad siempre determinarán –en general– quién puede ser considerado autor de un delito específico, en lo que mucho tendrán que ver los límites jurídicos de la causalidad; pero a veces los tipos reducen la autoría del delito a un círculo restringido de sujetos.

§ 199. ***Delitos propios o especiales y delitos de "garante".*** – Tal restricción puede estar formulada explícitamente, exigien-

do determinadas calidades, características o condiciones, en el sujeto activo, para que sea él considerado típicamente "autor": naturales (sólo la mujer embarazada puede ser autora del autoaborto –art. 88, C.P.–), socio-jurídicas (sacerdote que puede ser autor de estupro agravado, art. 122, C.P.) o puramente jurídicas (sólo puede ser autor de la malversación del art. 260, C.P., el "funcionario público"). Son los *delitos especiales* (también llamados propios).

Distingue la doctrina entre *delitos especiales propios* y *delitos especiales impropios*; los primeros son aquellos en que, si falta la calidad típica requerida para el autor, desaparece el delito (se menciona el ejemplo del prevaricato, que tiene que ser cometido por un juez: una "sentencia prevaricadora" no puede ser dictada por quien no lo es); los segundos son aquellos en los que la calidad típica indicada para el autor pertenece a un tipo agravado (p.ej., el parricidio del art. 80, inc. 1°, C.P.), pero si falta, ello no es óbice para que la conducta aparezca como delictiva en el tipo básico al que responde el tipo agravado (p.ej., si el autor de un homicidio carece de la calidad que lo convierta en parricida, no por eso dejará de ser autor de homicidio).

La rígida elaboración del tipo sistemático y las concepciones del tipo complejo no han dejado de conflictuar las soluciones referentes a estos delitos, especialmente en el plano de la tentativa. En efecto, planteado como principio lógico del sistema dogmático que sólo puede tentar un delito el que puede ser autor (consumatorio) de él, se ha llegado a pensar, en contrario, que en los delitos especiales propios, el que por error cree reunir la calidad de autor típico de uno de esos delitos y en tal creencia errónea realiza la acción, si bien no podrá nunca consumar el delito, cometerá tentativa de él; en tanto que en los delitos especiales impropios, todo dependerá de si la calidad típica de autor pertenece "al tipo" o al "deber jurídico", porque en el primer supuesto, la acción emprendida con la suposición errónea de la calidad, tendrá la misma solución que en el caso anterior, y en el segundo no se podrá pensar más que en un delito putativo (la cuestión es debatida por Bacigalupo en su *Manual*). Para nosotros una "dilatación" semejante de la extensión del tipo, por aplicación de la regla de la tentativa, es una franca analogía.

Pero la restricción del círculo de autores puede estar implícitamente contenida en el tipo; ello ocurre cuando él requiere una determinada condición o situación jurídica del sujeto activo en su relación con el bien jurídico, como ocurre en los

"delitos de garantes", en los que sólo puede ser autor quien jurídicamente está específicamente obligado a preservar el bien jurídico, aunque, en la mayor parte de los supuestos, la implicitud misma del tipo obligue a indagar la existencia del deber en el resto del ordenamiento jurídico, según lo hemos advertido ya y lo ampliaremos más adelante.

§ 200. ***Delitos de propia mano.*** – Además de tales referencias "restrictivas" del círculo de autores, pueden detectarse otras en los elencos penales, que importan también limitaciones autorales, pero que ya no dependen de las características del sujeto activo mismo, sino de las características "naturales" de la acción o de características que el tipo asigna a la acción para punirla, y que sólo se dan a causa de los que intervienen en ella como protagonistas activos.

En el primer sentido encontramos los delitos que hemos mencionado como *delitos de propia mano*, en los que únicamente es autor el ejecutor material del hecho (con lo cual es impensable en ellos la autoría mediata): volviendo a los ejemplos ya aducidos, en la violación o en el estupro sólo es autor el que accede carnalmente; otros protagonistas "activos" del hecho únicamente podrán asumir el rol de cómplices, o coautores (partícipes en sentido estricto).

§ 201. ***Casos de codelincuencia o "participación necesaria". Delitos de acción bilateral y plurisubjetivos.*** – En el segundo sentido encontramos los delitos de *codelincuencia*, que también se han denominado casos de *participación necesaria*, en los que la acción típica requiere, indispensablemente –por la propia definición descriptiva del tipo–, la intervención "activa" de varios sujetos. Dicha intervención puede ser una "participación en sentido propio" (es decir, en los términos del art. 45, C.P.), y entonces encontraremos *delitos de acción bilateral* (o sea de dos sujetos, como es el duelo del art. 97, C.P.) y *delitos plurisubjetivos* (en los que a la acción concurren por lo menos tres sujetos activos, como la asociación ilícita, art. 210, Cód. Penal).

Pero también hay casos en que aquella intervención puede o no reunir la calidad de "participación en sentido propio"; la

intervención activa plural tiene que darse necesariamente, pero no indispensablemente como participación según el art. 45, C.P.; por ejemplo, en el adulterio del art. 118, C.P., la mujer sólo puede asumir la autoría contando con la intervención activa de quien puede ser considerado como "codelincuente", pero aquella autoría se dará igualmente aunque a dicho sujeto sólo en sentido figurado –no técnico– se le pueda atribuir esa calidad (como ocurriría con quien cohabitara con la mujer, ignorando que era casada).

La doctrina reserva la denominación de delitos *unisubjetivos, monosubjetivos* o *individuales* para los delitos que sólo pueden ser cometidos por una persona (p.ej., autolesión, en el derecho penal militar) o para los que, aunque puedan ser cometidos por varios, dicha convergencia no es típicamente imprescindible. Los delitos plurisubjetivos también son llamados *colectivos* o de *concurso necesario* (ver Zaffaroni). Se alerta, asimismo, sobre lo incorrecto de asignar a los delitos de acción bilateral la designación de "participación necesaria", pues, como vimos, hay casos de ellos en que técnicamente no hay participación.

b) Selección especificativa de la antijuridicidad

§ 202. *El bien jurídico protegido y su ataque.* – Hemos insistido repetidamente en que el derecho penal elige, entre la multitud de acciones antijurídicas contenidas en el ordenamiento jurídico, algunas de ellas para asignarles la consecuencia de la pena, así como que la norma constitutiva del mandato desvalora (considera antijurídicas) las acciones que directa o indirectamente importan ataque a los bienes jurídicos, y que es precisamente por medio del tipo que en derecho penal se hace esa selección.

Esta tarea la cumple, en primer lugar, determinando el *bien jurídico protegido*, cuyo ataque –que en su "forma" perfila los elementos descriptivos que acabamos de exponer– va a dar lugar a la aplicación de la pena.

Dicho bien jurídico ha sido correctamente caracterizado entre nosotros como una "relación de disponibilidad" (Zaffaroni); la propiedad es la posibilidad de disponer de las cosas; la libertad es la posibilidad de disponer de la propia persona, manifestándose sin cortapisas, etcétera.

Comúnmente el tipo no designa literalmente el bien jurídico protegido, sino que éste viene consignado expresamente en los rubros de los títulos y capítulos en que se agrupan las figuras delictivas ("delitos contra el honor", "contra la libertad", "contra la seguridad común", etc.), pero muchas veces la "modalidad" del bien jurídico que efectivamente se protege con la imposición de la pena, tiene que ser determinada por el intérprete acudiendo a un procedimiento de conjugación de las expresiones literales de los rubros de los títulos y capítulos, que forman la Parte Especial, con el "sentido" de la acción descripta en un determinado tipo: p.ej., en los delitos contra la propiedad, se advierte, por el carácter mismo de la acción enunciada en el art. 162, C.P., que aquélla no ataca el "dominio", sino la "simple tenencia" de las cosas. Y no pocas veces la "forma" de la acción indicará que, pese a la localización del tipo en el grupo de delitos designado con un determinado rubro, el bien jurídico enunciado por éste sólo indirectamente se corresponde con el protegido según el tipo: p.ej., el delito de violación (art. 119, C.P.) está inserto entre los "delitos contra la honestidad", pero de su contenido se deduce, sin esfuerzos, que lo que en realidad protege es la "libertad sexual".

Estas consideraciones sobre la función del tipo con relación al bien jurídico protegido se ven un tanto desdibujadas en algunas exposiciones de la teoría del delito al preferir tratarla exclusivamente al examinar la antijuridicidad, cuando básicamente su mayor importancia radica en la del tipo-tipicidad, primero porque, como se ha destacado, no cualquier manifestación o modalidad de bienes jurídicos merece la protección más intensa de la pena (p.ej., la integridad del medio ambiente no está específicamente protegida en el Código Penal, puede ocurrir que el mismo se vea afectado por una acción con "forma" típica, como puede ser la de "contaminar aguas", pero dicha acción no será en realidad típica, en el sentido del art. 200, C.P., si dicha contaminación no ha puesto en peligro la "salud pública", que es el bien jurídico protegido en ese artículo), y además, porque se dan acciones que, presentando "formas típicas", al no alcanzar a constituir ataques al bien jurídico, no pueden considerarse comprendidas en el tipo, ya que, no resultando previamente desvaloradas por el ordenamiento jurídico, no pudieron ser seleccionadas para adosarles la pena (p.ej., la dación de un cheque sin fondos en las condiciones del art. 302, C.P., a quien es desnaturalizador de ese cheque según el art. 175, inc. 4°, C.P., puede no significar ataque

alguno al bien jurídico de la fe pública, que es el que protege aquel primer artículo y, en consecuencia, no constituir el delito en él previsto).

A veces ocurre que el tipo comprende más de un bien jurídico (p.ej., en el "secuestro" de una persona para pedir rescate del art. 170, C.P., entran en juego los bienes jurídicos de la propiedad y de la libertad); en esos casos la tipicidad de la conducta que se examina (p.ej., si se lo incluye en dicho artículo o en el art. 141 o sus derivados del C.P.) dependerá del bien jurídico preponderantemente afectado por la conducta del agente, lo cual será materia de interpretación en cada caso particular.

Sin duda alguna la importancia que adquiere, desde el punto de vista de la tipicidad, el *ataque al bien jurídico* es, si no un descubrimiento, un fecundo redescubrimiento de la doctrina penal de los últimos tiempos, aunque se sigue debatiendo preferentemente en la antijuridicidad (como temática propia de las relaciones entre ella y el tipo) o hasta se trata de excluirlo del tratamiento del tipo para referirlo exclusivamente como un problema de antijuridicidad, sin poner atención en el hecho de que la antijuridicidad preexiste y es "recibida" por el tipo.

Entre nosotros, Zaffaroni –aunque con formulaciones que no coinciden con las que aquí exponemos– resume correctamente la señalada importancia: en primer lugar, no puede haber tipo penal sin bien jurídico atacado (él dice "afectado"); en otras palabras, es imposible reconocer la tipicidad penal de una acción que no ataca un bien jurídico; en segundo lugar, el hecho de que formalmente una acción complete los elementos descriptivos del tipo, no importará su tipicidad si no constituye un ataque al bien jurídico protegido por el mandato, cuya protección el tipo penal complementa ("si la norma tiene su razón de ser –nos dice– en la tutela de un bien jurídico, no puede alcanzar en su ámbito de prohibición las conductas que no afectan el bien jurídico").

Limando sus exageraciones, las corrientes críticas del derecho penal también han aportado una imaginativa cuota de fecundidad en la materia: "Es el bien jurídico el fundamento desde el cual se puede determinar qué acciones pueden atribuirse a un tipo legal determinado y cuáles quedan sin consideración para el derecho penal". La antijuridicidad que es recibida o reconocida por el tipo penal no es la mera contradicción formal de una conducta con el ordenamiento jurídico, sino la contradicción "del hecho típico con todo el ordenamiento jurídico en virtud de una afectación efectiva del bien jurídico", porque "sin esa afectación... no tiene sentido hablar de contravención con el ordenamiento" (Bustos Ramírez). Con otra terminología esto es un

desarrollo del criterio (que hemos expuesto) de la antijuridicidad –preexistente al tipo– como prohibición de ataque a los bienes jurídicos, aunque, según dijimos en la "introducción", no aceptamos algunas de las conclusiones que la doctrina crítica extrae de ello. Y hablamos de redescubrimiento porque los esquemas que venimos exponiendo, en lo que coinciden con los de la doctrina relatada, los hemos extraído fundamentalmente de la disección de los tratamientos de la teoría del delito por la doctrina penal clásica del siglo XIX: quien esquematiza las de Carrara o de Pessina, no puede dejar de obtener el mismo resultado. Sólo hay otras palabras –más precisas, sin duda– para decir las mismas cosas y sostener los mismos principios (aunque quizá no las mismas consecuencias, por lo menos, para algunos).

§ 203. *Las conductas socialmente adecuadas.* – Asimismo, se dice que hay conductas que, aunque formalmente respondan a los diagramas descriptivos del tipo y pueden llegar a limitar en cierta medida la disponibilidad de los bienes jurídicos, por considerarse *socialmente adecuadas*, no se presentan como antijurídicas y, por consiguiente, tampoco pueden fundamentar la tipicidad a los fines de la pena; se cita el ejemplo de la negativa del chófer del transporte público de pasajeros a detener el vehículo fuera de las paradas habituales para permitir que descienda el pasajero que se lo solicita; esa conducta coarta la libertad del pasajero, pero aunque no exista una norma expresa que establezca esas paradas, no se dará la tipicidad del art. 141, Cód. Penal. Sin embargo, de este mismo ejemplo surgen serias dudas, ya que es evidente que el pasajero, al elegir ese medio de transporte, acepta las restricciones que él le impone y por eso ha renunciado él a la cuota de libertad que se dice desconocida por el chófer, y tal sería la razón de la atipicidad.

Con excepción de algunas corrientes críticas, que revalorizan esta tesis del "criterio social no desvalorativo o escasamente desvalorativo" como inicial para el encuadramiento de la conducta en el tipo (Bustos Ramírez), las objeciones han menudeado sobre ella. El contenido ético-social que domina su materia hace decir a Zaffaroni que constituye una ampliación exagerada de las remisiones al orden ético social que pueden estar contenidas en el ordenamiento jurídico, por lo cual implica un "concepto poco claro", empleado en un momento "para resolver lo que no se sabía cómo resolver". En el mismo sentido se ha insistido en que la tipicidad implica valoraciones jurídicas que "no pueden resol-

verse con simples criterios sociales" (Rodríguez Devesa), "absolutamente imprecisos" (Rodríguez Mourullo).

La confusión dogmática que la tesis ha introducido es bastante importante; para algunos constituye una regla interpretativa que viene a reconocer una especie de justificación supralegal, en tanto que otros resuelven los casos con que se ejemplifica acudiendo directamente a las causas de justificación, con lo cual al fin siempre se llega a las mismas soluciones (ver Bacigalupo).

La verdad es que en todos los ejemplos que han sido propuestos como de conductas socialmente adecuadas, o falta el ataque al bien jurídico o se trata de un ataque admitido por el derecho, es decir, no antijurídico.

§ 204. *La insignificancia del ataque. El denominado "derecho penal de bagatelas".* – En un plano no muy distinto del que acabamos de examinar, se sostiene que el tipo penal sólo puede referirse a ataques a los bienes jurídicos que alcancen cierta entidad, pues los ataques de mínima incidencia, que no ponen en peligro la paz social que el orden jurídico trata de asegurar, no pueden ser objeto de pena. Se ponen como ejemplos las propinas a los servidores públicos, el arrancar un cabello, el apoderamiento de una cerilla, etcétera. Tales supuestos serían –por aquella razón– atípicos. La cuestión no es muy diferente de la anterior: si la insignificancia depende de pautas puramente sociales, las soluciones generales pueden llegar a chocar con el sentido de los mandatos y, por ende, de los tipos; así, por ejemplo, la propina ofrecida al servidor público y aceptada por él puede perfectamente encuadrarse en el art. 259, C.P.; el apoderamiento ilegítimo de una cerilla en el art. 162. Lo que puede ocurrir es que en algunas situaciones esos hechos no constituyen un verdadero ataque considerado como tal por el ordenamiento jurídico, si es que normativamente dicho ordenamiento bloquea la posibilidad de exigir las consecuencias de la responsabilidad por ellos (p.ej., que los reglamentos administrativos no consideren falta administrativa la admisión de propinas, o que el derecho civil no admita la demanda por el apoderamiento de la cerilla, etc.) y entonces la tipicidad penal será imposible por ausencia del ataque prohibido como factor de responsabilización; pero tal solución siempre dependerá de la normatividad.

Con relación a estos ejemplos y a otros similares (p.ej., ciertos ruidos que pueden llegar a afectar la salud), habla la doctrina de un *derecho penal de bagatelas*, en el que engloba ataques escasamente peligrosos para la incolumidad del bien jurídico. En realidad muchos supuestos de este particular derecho penal dejan de estar comprendidos como delitos para integrar el derecho penal contravencional.

La insignificancia del ataque para con el bien jurídico, parecería haberse receptado en el art. 14, párr. 2º, de la ley 23.737 de estupefacientes, de la mano de un criterio eminentemente cuantitativo. Aunque la afectación del bien jurídico no permita interpretar la pauta como desplazante del tipo, la menor intensidad de su ataque determina una merma en la respuesta punitiva del Estado que se manifiesta en la erección de figuras privilegiadas y en situaciones de flexibilización procesal o sustancial específicas (suspensión del proceso a prueba, condenación condicional). La "insignificancia" a que aludimos –con los alcances expuestos– se expresa con la fórmula "escasa cantidad".

Ya hemos advertido que hoy creemos que los problemas del "derecho penal de bagatelas" pueden ser resueltos a través de la consideración pre-típica de la antijuridicidad. Para una parte de la doctrina son prácticamente insolubles en la teoría sustantiva, por ello en algunos sistemas se les otorga una solución procesal, por medio del "principio de oportunidad", que deja un margen de arbitrio a los "organismos de la jurisdicción" para no llevar a cabo o no proseguir el proceso cuando se está en presencia de "insignificancias".

§ 205. ***Sentido social de la acción.*** – Esta temática particular no debe ser confundida con la conceptualización del sentido social de la acción como principio general de tipicidad, el cual, en todo caso, podría aparecer suscitando problemas prácticos que se resuelven por medio de él.

En cuanto principio, la afirmación del sentido social de la acción sostiene que lo que interesa al derecho penal no es la acción como tal, sino la acción socialmente desvalorizada; lo que carece de ese "sentido social" queda fuera del delito (Gómez Benítez).

La llamada *teoría social de la acción*, a que hemos hecho referencia –que considera la acción como comportamiento humano socialmente relevante–, no deja de ser criticada por quienes se apoyan en aquel criterio, en cuanto pretende ser una explicación autónoma (pre-típica) de la acción, afirmando que su valorización-desvalorización únicamente puede ser materia del tipo penal, así como que, en no pocos casos, la sociabilidad (adecuación social) de la conducta se infiere de la propia regulación de las justificantes.

§ 206. ***Posición de garante y deber de cuidado.*** – Aunque normalmente el tipo no contiene una referencia explícita a la *posición de garante* para poder determinar la antijuridicidad receptada por él, por lo cual aquélla tendrá que indagarse por medio de una labor de complementación sistemática en el total ordenamiento jurídico, en ocasiones, como ya hemos visto, es el mismo tipo penal el que, insertando en el derecho penal una

regulación no propiamente penal, sino de ordenamiento general, determina la existencia de dicha posición respecto de un determinado autor; así ocurre, por supuesto, en los casos en que el mismo delito de comisión por omisión está expresamente previsto por la ley –que, según se dijo, son bastante excepcionales–.

En nuestro derecho hemos dado el ejemplo del "abandono de personas", art. 106, C.P., en que el peligro para la salud o la vida del sujeto pasivo puede ser creado por omisiones, pero únicamente por quien tenga la obligación de mantener o cuidar o haya incapacitado a aquél (diferente es, en este artículo, la conducta de "colocar en situación de desamparo" que, por sí misma, implica actividad).

En cuanto al *deber de cuidado*, cuya violación constituye lo antijurídico seleccionado por el tipo penal en orden a un determinado resultado, adquiere importancia decisiva la descripción de éste, porque es él quien determina el orden de actividad en que está inserto el particular deber que interesa y su relación causal de creación de peligro para el bien jurídico, como origen del resultado disvalioso, a cuya relación se asigna la pena: en un homicidio culposo el deber de cuidado sólo puede referirse a actividades peligrosas para la integridad de las personas, en una malversación culposa (art. 262, C.P.) el deber de cuidado sólo puede referirse a actividades relacionadas con la función pública de custodia de los caudales, etcétera.

> Aunque acentuando el criterio de finalidad de la acción peligrosa en el delito culposo –para responder coherentemente con la especial construcción finalista de la tipicidad de aquél–, la expresada función del tipo está claramente expresada por Zaffaroni, al exponer que es él el que nos suministra dicho dato: "Si no tenemos disponible el dato que nos informe cuál es la finalidad que perseguía la conducta, no sabremos de qué conducta se trata y... no podremos averiguar cuál es el deber de cuidado que incumbía al agente", porque "no hay un *deber de cuidado general*", sino que "a cada conducta" –o actividad– "corresponde un deber de cuidado".

§ 207. ***Tipos cerrados y tipos abiertos.*** – Se dice que un tipo es *cerrado* cuando sus descripciones permiten determinar cuál es la conducta antijurídica a la que asigna pena (p.ej., en el del art. 79, C.P., es la de matar dolosamente). Se dice que es *abierto* cuando describe en general las posibles conductas a

las que asigna pena, pero su designación como conductas antijurídicas, que efectivamente pueden quedar comprendidas en la fórmula penal, exigen un previo examen de ellas dentro del ordenamiento jurídico (p.ej., en el art. 84, C.P., se castiga la causación culposa de la muerte; el tipo denota dicha conducta causal describiéndola como imprudente o negligente, pero calificar cuáles son las conductas imprudentes o negligentes –es decir, antijurídicas– requiere el examen de los mandatos del ordenamiento jurídico que determinan, explícita o implícitamente, el deber de cuidado).

En otras palabras, en el tipo *cerrado* la conducta está nítidamente descripta y, por tanto, "cerrada", en el sentido de que el juez sólo tiene que comparar con ella la que juzga para ver si ésta presenta o no las características de tipicidad; en el *abierto* la tipicidad de la conducta no se agota en el examen del tipo, sino en la complementación con una imprescindible indagación que tiene que ser realizada fuera de él, el juez tiene que comparar la que se le propone (para juzgar) con las conductas violadoras del deber de cuidado que surgen del ordenamiento jurídico y sólo cuando aquélla se corresponda con éstas, puede pensar en su tipicidad penal.

Concibiendo el tipo como indicio de antijuridicidad, se ha dicho que mientras en los tipos cerrados esa función aparece totalmente desplegada, puesto que basta subsumir la conducta examinada en la descripción de la ley penal para caracterizarla, en principio, como antijurídica –relación que sólo se verá desconocida si resultara aplicable una causa de justificación–, en los abiertos dicha subsunción "no tiene el sentido general de indicar la antijuridicidad" (Bacigalupo).

En general, puede concluirse, según lo precedentemente expuesto, que para determinar la tipicidad de una conducta dada con respecto a un tipo cerrado, basta su comparación con la que él describe, en tanto que cuando se trata de un tipo abierto el juez tiene que ir a buscar fuera de él los parámetros de comparación. La doctrina denomina esta labor del juez "complementación" del tipo. Para algunos el caso del tipo abierto sería similar al de la ley penal en blanco, con la diferencia de que mientras en ésta el tipo tiene que ser completado acudiendo a otras disposiciones legales, el tipo abierto es completado por el juez (jurisprudencialmente, dice Bustos Ramírez), comparación a nuestro juicio no muy correcta.

Pensamos que el tema no tiene tanta trascendencia dogmática como para insistir demasiado en él; cuando Welzel comenzó a hablar de *tipos abiertos*, aparentemente sólo buscó una expresión para designar un fenómeno que ya había sido convenientemente observado. La intensificación de la atención sobre ellos, al esforzarse por acotar el concepto de aquella expresión, ha conducido a límites dudosos desde el punto de vista del principio de legalidad, como puede ser la de permitir una introducción subrepticia de la analogía so capa de que se trabaja con un tipo abierto, defecto que ya hemos puesto de manifiesto en otro lugar (*La responsabilidad objetiva en derecho penal*), lo cual no ha dejado de preocupar a los tratadistas, tanto desde el punto de vista de la "validez constitucional" de estos tipos (Zaffaroni apoya la constitucionalidad, p.ej., en que el número de variables de conductas que pueden quedar comprendidas en ellas "es inimaginable... imprevisible para el legislador"), como desde el punto de vista de la fijación de un límite que no quiebre el principio de legalidad ("el límite de lo admisible desde el punto de vista constitucional sólo quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga un núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por tanto, la complementación ya no sea sólo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa" –Bustos Ramírez–).

Las ejemplificaciones habituales de tipos abiertos que pone la doctrina, insistiendo sobre los delitos culposos, a veces hacen perder de vista que se trata de un concepto general extensible a todos los casos en que el juez tiene que realizar un examen específico de la antijuridicidad más allá del tipo penal, como ocurre en la comisión por omisión para determinar la posición de garante.

Asimismo, parte de la doctrina alemana (Welzel, Maurach) también ha empleado la denominación para tratar los casos en que el tipo se refiere a la acción por medio de su caracterización como antijurídica, de un modo expreso, para limitarla (calificándola expresamente como tal con expresiones como "antijurídicamente", "ilegítimamente", etc.); p.ej., "privar ilegítimamente de la libertad", art. 141, C.P. (lo que ha merecido entre nosotros la crítica de Núñez).

Aunque sin directa relación con el fenómeno que examinamos, Zaffaroni nos presenta como "otra forma de apertura típica", los casos en que el tipo contiene una descripción genérica de la conducta punible, pero limitándola o circunstanciándola mediante ejemplificaciones; p.ej., el art. 172, C.P., considera estafa la conducta de "defraudar a otro" por medio de "cualquier... ardid o engaño", pero entre los infinitos ardides o engaños sólo los que pueden tener la misma entidad que la invocación de "nombre supuesto", "calidad simulada", "influencia mentida",

etc., son susceptibles de asumir tipicidad; en esos casos el tipo necesitará de una labor "complementaria" del juez (la de establecer la entidad de la conducta en orden a los ejemplos), pero que se puede realizar con los mismos datos brindados por la descripción del tipo. Jiménez de Asúa se refería a esta particular conformación del tipo como casos de "interpretación analógica" (analogía impuesta por la misma ley penal).

§ 208. *Elementos normativos de los tipos.* – A veces los tipos contienen menciones de requisitos de la acción que más que una mera descripción de ella, importan referencias a valoraciones de alguno de sus elementos, es decir, integran la descripción con valoraciones que dependen ora del examen del resto del ordenamiento jurídico, ora del empleo de parámetros valorativos de otro orden. Tales son los llamados *elementos normativos del tipo* que, en ocasiones, tienen como función especificar de un modo más estricto la antijuridicidad recibida del ordenamiento general a los fines de aplicación de la pena, restringiendo el ámbito de las que pueden caracterizarse según aquélla (p.ej., si se puede pensar en un estupro "civil" como recayendo sobre una determinada especie de "víctimas" femeninas, el estupro "penal" sólo puede pensarse recayendo sobre una víctima que, además de ser una mujer de determinada edad, sea "honesta").

En verdad tales elementos normativos no son tanto elementos de la acción en sí misma, cuanto valoraciones con las que se caracterizan ciertos elementos descriptivos. Ellas pueden recaer sobre el "núcleo" de la acción (p.ej., la privación de libertad del art. 141, C.P., tiene que ser *ilegítima*); sobre el objeto material del delito (p.ej., el hurto del art. 162, C.P., se da cuando el apoderamiento se perpetra sobre una cosa *ajena*; en la apropiación del art. 175, inc. 1°, C.P., el objeto tiene que ser una cosa *perdida*); sobre el sujeto pasivo (p.ej., la persona que tiene el *derecho de exclusión* en la violación de domicilio, art. 150, C.P.; la mujer *honesta* en el estupro, art. 120, C.P.) o sobre el sujeto activo, en cuyo caso redundan en la construcción de lo que hemos caracterizado como "delitos especiales o propios" (p.ej., la exigencia del carácter de *funcionario público* o *agente de la autoridad* en el allanamiento ilegal, art. 151, Cód. Penal).

De la enunciación formulada y de su ejemplificación, se infiere, como lo hemos adelantado, que las valoraciones propias de esos elementos pueden requerir un juicio de naturaleza jurídica, o uno de distinta naturaleza, que puede estar fundado sobre pautas "culturales" o, en general, sociales (p.ej., será por medio del examen de la normatividad jurídica como determinaremos si la cosa es ajena, o si se trata de una cosa perdida y no de una cosa abandonada –de la que cualquiera pueda apoderarse sin observar por ello una conducta antijurídica–, quién es titular del derecho a excluir de un domicilio, quién posee la calidad de funcionario, etc.; serán pautas culturales actualizadas –las vigentes en el momento de la acción– las que nos permitirán o no calificar a una mujer de honesta, o decir si una exposición es o no "obscena", etcétera).

También se han incluido como elementos normativos "valoraciones de carácter científico" (p.ej., el "peligro de vida", del art. 90, C.P.) pero en los casos con los que es posible ejemplificar parece muy difícil pensar en una valoración, aun cuando se precise un diagnóstico en base a posibilidades o probabilidades: no se tratarán de realidades valorizadas, sino de circunstancias comprobables con pronóstico de evolución en la realidad; por ello no las contabilizamos.

§ 209. ***Referencias expresas a la antijuridicidad de la conducta en la fórmula típica.*** – Cuando hemos mencionado los elementos normativos que requieren valoraciones jurídicas, dimos ejemplos que nos indican que las menciones del tipo respecto de la antijuridicidad pueden revestir distinta importancia. Cuando la mención requiere una valoración atinente al objeto o a los sujetos, e implica una determinada característica jurídica de ellos (p.ej., cosa mueble, total o parcialmente ajena, funcionario público, etc.), no se plantean mayores problemas; se ha dicho que, en estos casos "es posible que el tipo penal subsista a pesar de la concurrencia de una causa de justificación" (Núñez). En lo que hasta ahora la doctrina no se ha puesto de acuerdo es en el carácter de los elementos normativos que importan valoraciones jurídicas del núcleo de la acción; cuando el legislador califica el apoderamiento de "ilegítimo", o de "ilegítima" la privación de libertad, o de "ilegal" la omisión funcional del art. 249, C.P., está haciendo una referencia que, a primera vista, es totalmente inútil, porque es evidente que el tipo no puede seleccionar para la pena una conducta *legalmente legítima*. Según Zaffaroni, en su

particular opinión sobre la tipicidad conglobante, esas expresiones de los tipos "no denotan elementos normativos del tipo legal objetivo, sino que son expresos requerimientos de la tipicidad conglobante", que "no tiene otro efecto que recalcar la necesidad de la antinormatividad para la tipicidad penal de la conducta". Podemos estar de acuerdo en que no hay allí más que una exposición de que solamente es típico lo que es ilegítimo, es decir, antijurídico, pero el problema principal radica en saber qué función cumplen tales referencias a la normatividad en el tipo, porque, como hemos dicho, el legislador penal siempre regula conductas típicas ya caracterizadas como antijurídicas por el ordenamiento jurídico; por tanto, implícitamente, la nota de ilegitimidad o antinormatividad está presente en todas la fórmulas consagratorias de tipos penales, ¿qué razón hay para que en unos casos las explicite y en otros no?, ¿por qué, por ejemplo, en el art. 161, C.P., pune al "que impidiere o estorbare la libre circulación de un libro o periódico" y no al que *ilegítimamente* impidiera o estorbare dicha circulación?, ¿tiene el mismo efecto dogmático el tipo que subraya la antijuridicidad que el que no lo subraya? Parecería que así fuera de acuerdo con lo que hemos expuesto, lo cual ha llevado a algunos a describir la introducción de esas expresiones como inútiles, a mostrarlas como fenómenos de "impaciencia del legislador" (pensando en la antijuridicidad como elemento estructural subsiguiente al tipo –Jiménez de Asúa–), a lo más a otorgarles una función de "mérito" como precepto dirigido al juez para llamarle la atención, a fin de que en esos casos examine con mayor cuidado la juridicidad del hecho (Hippel), cuando es evidente que ese examen atento lo merecen todos los tipos.

Si observamos los tipos en que aparecen esas expresiones, en casi todos ellos encontramos conductas en que la descripción del tipo puede, con su literalidad, comprender hechos no antijurídicos, y, sin embargo, perfectamente encuadrables en la descripción de la acción típica; normalmente matar a otro es un hecho antijurídico y entonces el legislador no se preocupa por advertir en la fórmula penal que sólo se refiere a la muerte "ilegítima"; pero pueden existir muchos apoderamientos "legítimos" de cosa ajena, muchas privaciones de libertad "legítimas", muchas omisiones funcionales "legales", y por ello el legislador insiste en que la pena es para esas acciones cuando son ilegítimas o ilegales; es decir, lleva a cabo con dichas expresiones una función, no dogmática, sino digamos "docente" y, en buena técnica, inútil.

Ahora bien, sin duda alguna que si una de tales acciones estuviese justificada, ya no sería "ilegítima" y, por tanto, no reves-

tiría en principio las características de antijuridicidad, pero hay que tener presente que, en algunos casos, una acción de éstas, aparentemente "ilegal", por ser contraria a determinados mandatos puede dejar de serlo por habérsela realizado en una situación justificada (como puede ser un apoderamiento "ilegítimo" por no caber en las fórmulas civiles que tipifican apoderamientos legítimos de cosas ajenas, cuya legitimidad proviene de que se lo realizó dentro de un cuadro de estado de necesidad). Pero eso ocurre, para nosotros, en todos los casos, lo cual implica una reafirmación del tratamiento que damos a la teoría del delito: todo hecho justificado es, en realidad, "no típico", porque el tipo no se refiere ni se puede referir a él. Sin embargo, pensamos que fue aquel pensamiento el que llevó a Núñez a sostener que no todos los casos que se presentan de estos particulares elementos normativos son "impaciencias del legislador", ni aparecen como simples redundancias legislativas, sino que "representan una característica estructurante del hecho típico". Creemos, de acuerdo con lo que hemos expuesto, que esa característica es estructurante, esté o no taxativamente expresada en el tipo, con lo cual las expresiones no tienen una consecuencia dogmática específica.

No parece que lo mismo ocurre cuando el tipo, al describir la acción, le agrega expresiones que hacen referencia a la no justificación de ella (p.ej., "sin justa causa", art. 156, C.P., "sin causa justificada", art. 250, C.P.); aunque en esos casos se debe advertir que el mero hecho de la referencia taxativa a la justificación no implica una estricta remisión a las justificantes reguladas en el Código Penal, sino a otros supuestos en los que la acción adecuada al mandato no es exigible en sí misma por ser imposible de realizar (p.ej., en la omisión del auxilio legalmente requerido del art. 250, C.P., la carencia de personal para prestarlo). Es decir que, en estos casos, esa particular conformación del tipo puede producir una consecuencia dogmática, aunque no de grave entidad, puesto que a la misma solución se llegaría aunque no contuviese la referencia. No cambian estas conclusiones, algunas de las consecuencias que se asignan a estos elementos normativos en la teoría del error, y que al tratarla expondremos.

c) Referencias del tipo a los contenidos de la culpabilidad

§ 210. ***Designación del delito como doloso o culposo.*** – También serán las especificaciones del tipo las que tendremos que emplear para formular el juicio de reproche, al ser ellas las que indiquen el contenido sobre el cual se lo tendrá que hacer.

En realidad, si bien los conceptos generales que son propios de la *culpabilidad* son necesarios para que el tipo penal se refiera a una conducta merecedora de pena y, por consiguiente, siempre estén implícitamente contenidos en él, que los recibe de la teoría general del hecho ilícito (recordemos que la pena sólo se puede atribuir dentro de los límites de la responsabilidad subjetiva, y por tanto, no puede hacérselo a una conducta sin la exigencia de culpabilidad), aquél puede "circunstanciar" o especificar dichos conceptos en orden a la particular conducta que describe.

En primer lugar será por medio del tipo (o, sobre todo en algunos derechos, de sus complementaciones contenidas en la Parte General) como se podrá determinar si la acción es merecedora de pena sólo en el caso de ser *dolosa*, o bastará para ello que sea *culposa*. Puede perfectamente ocurrir que aplicando los principios de la teoría general se llegue a la conclusión de que, a los efectos de la responsabilización de su autor, es indiferente que haya observado una conducta dolosa o culposa, pero dentro de la teoría del delito el tipo que la describe sólo habilite la responsabilización por la pena cuando sea dolosa, no cuando sea culposa. Éste es un fenómeno normal en los derechos penales que, como el nuestro, siguen el procedimiento llamado de "número cerrado" (*régimen cerrado*), para designar los delitos culposos (únicamente se punen a "título de culpa" aquellas acciones que como tal están específicamente descriptas en los tipos de la Parte Especial, p.ej., arts. 84, 94, 189, etc., entendiéndose que los demás tipos constituyen "delitos dolosos"), pero que no deja de estar presente en los llamados *sistemas abiertos* (que traen el concepto de culpa como regla en la Parte General, que es aplicable a cualquiera de los tipos que describen conductas dolosas en la Parte Especial), pues en ellos hay acciones cuyas descripciones típicas pueden adecuarse tanto a la comisión dolosa como a la culposa, pese a que también hay otras que son compatibles con la dolosa pero no con la culposa, como los que requieren una especial dirección de la voluntad del autor (tema que explicaremos al tratar de los elementos subjetivos del tipo).

Para nosotros la circunstancia de que el tipo determine la "forma" de la culpabilidad del particular delito no implica estric-

tamente que el dolo y la culpa *sean sólo una cuestión del tipo*, y que no podamos tratarla en capítulo aparte, porque, como vimos, también la antijuridicidad es "cuestión del tipo", ya que, repetimos, no nos parece conveniente emplear en nuestra dogmática el concepto de tipo sistemático o específico y restringir a él la teoría respectiva.

Por tanto, la constatación de que "la voluntad puesta de manifiesto en una acción será reprochable, si ese *tipo de voluntad o intención* (dolosa o culposa) está previsto en la figura legal correspondiente" (que entre nosotros induce a Campos a reconocer el dolo y la culpa como "cuestión de tipo", para acercarse al finalismo), no tiene otra significación que la que hemos explicado en el texto, y no impide el tratamiento del dolo y la culpa como contenido sobre el que recae el juicio de reproche que puede ser examinado a nivel de la culpabilidad.

Tampoco significa que la infracción del deber de cuidado tenga que ser resuelta como problema de tipo penal a nivel de la teoría del delito, pues es una cuestión de antijuridicidad de la conducta que el tipo recibe de la teoría del hecho ilícito; por tanto, la afirmación de que "es más práctico tratar la cuestión... en el momento de la tipicidad... [lo que] permite destacar como irrelevante para el derecho penal casos que de ninguna manera conducirían a la punibilidad" (Bacigalupo), aunque no deje de ser exacta, más allá de su sentido práctico, se presenta como imposición lógica de la verdadera función del tipo penal en el ordenamiento jurídico, pero desde el punto de vista de una elaboración reducida al puro tipo sistemático o específico, no deja de aparecer como algo contradictorio.

Advertimos que la construcción finalista del tipo complejo (objetivo-subjetivo) introdujo agudas tensiones en la estructura a nivel de los delitos culposos, porque evidentemente en ellos no se podía dar un tipo subjetivo, al menos con las características con que aparecía en los delitos dolosos. La doctrina cree haber superado esas tensiones afirmando que "el tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad, sino porque en la forma en que se obtiene esa finalidad se viola un deber de cuidado"; en el delito culposo "la acción prohibida no se individualiza... por *el fin en sí mismo*... se individualiza por la forma de seleccionar mentalmente los medios y de dirigir la causalidad para la obtención de ese fin", por lo tanto, "en el dolo lo típico es la conducta en razón de su finalidad... en la culpa es la conducta pero en razón del planeamiento de la causalidad para la obtención de la finalidad propuesta" (Zaffaroni).

Ya hemos expuesto las dificultades de esta explicación y volveremos sobre ellas al tratar específicamente de la culpa, pero

ahora podemos señalar que ello no ha permitido al finalismo superar todas las discrepancias, puesto que mientras para algunos también en los delitos culposos puede reconocerse un tipo subjetivo (la posibilidad de conocer el carácter peligroso de la conducta para los bienes jurídicos, según Zaffaroni), para otros en ellos "la distinción entre tipo objetivo y subjetivo no tiene ninguna significación práctica" (la posibilidad de conocer el peligro planteada como tipo subjetivo "desconoce que dicha posibilidad es un elemento objetivo de la culpa, pues es la *posibilidad de conocer* y no el *conocimiento de la posibilidad*", siendo este último "un elemento del dolo eventual" y no de la culpa –Bacigalupo–).

§ 211. ***DELITOS PRETERINTENCIONALES Y CALIFICADOS POR EL RESULTADO.*** – En ocasiones los tipos configuran formas complejas de culpabilidad; esto ocurre con los llamados *delitos preterintencionales* (p.ej., art. 81, inc. 1°, *b*, C.P.) y *calificados por el resultado* (p.ej., art. 186, inc. 5° Cód. Penal). En ellos, si bien la acción está voluntariamente dirigida a un resultado (como expresamente previsto o como previsión aceptada de su ocurrencia), en el despliegue de ella se origina un resultado distinto (más grave) que aquél.

Mucho se ha discutido en la doctrina sobre la distinción entre esas categorías, pero ambas poseen el carácter de formas complejas de la culpabilidad: en ellas hay dolo en cuanto al resultado que el autor pretendió o aceptó alcanzar, y culpa respecto del resultado más grave producido por la acción; el primero fundado en la voluntaria dirección de la acción hacia un fin (en los sentidos explicados) por parte del autor; la segunda en cuanto se puede considerar que el autor previó (aunque no lo hubiera aceptado) o tuvo el deber de prever la producción del resultado distinto más grave, a consecuencia de su acción. Al tratar la culpabilidad ampliaremos estos conceptos.

En realidad, el campo de las *figuras complejas* desde el punto de vista de la culpabilidad no se reduce a los casos expuestos (que según alguna doctrina son soluciones especiales de la ley para ciertos supuestos de concurso ideal –Zaffaroni–); sin embargo, las que hemos visto son las verdaderas figuras complejas con formas heterogéneas de culpabilidad, en tanto que las otras que se indican son en realidad figuras compuestas con doble culpabilidad homogénea; así ocurre con los casos en que se da una doble culpabilidad culposa, como ocurre en el estrago culposo agravado

por muerte o lesiones (art. 189, párr. 2°, C.P.), o con aquellos en que se da una doble culpabilidad dolosa, como puede ser el secuestro extorsivo (art. 170, C.P.), aunque normalmente en estos últimos nos encontraremos con particulares exigencias subjetivas de la acción típica comprendidas en el tema que expondremos a continuación (los ejemplos son de Zaffaroni).

Al tratar del "principio de culpabilidad" veremos que es imposible que en nuestro derecho encontremos delitos agravados por un resultado que no quede cubierto por la culpa.

§ 212. ***Elementos subjetivos del tipo. Delitos de tendencia.*** – Muchos tipos penales contienen los que se han llamado *elementos subjetivos*.

Esa denominación viene del antiguo criterio que sitúa al tipo como elemento puramente "objetivo" del delito y hemos explicado de qué manera la constatación de su existencia y funcionamiento dentro de aquél se constituyó en el factor que revolucionó la teoría estructural. Quizá se haya exagerado el debate en torno a ellos –por lo menos en el límite de las necesidades dogmáticas de nuestro derecho penal– sobre el carácter (objetivo o subjetivo) con que el tipo los elabora, puesto que si, por un lado, trátase de especificaciones del tipo, por otro es imposible dejar de reconocer la influencia que ellos ejercen sobre las "formas" con que se manifiesta la voluntariedad del agente en cuanto fundamento del juicio de reproche. Nada obsta a que nos refiramos aquí a esos elementos, sin perjuicio de volver sobre ellos al tratar de sus efectos en la cuestión de la culpabilidad.

Dentro de estos elementos se suelen distinguir los llamados *cognoscitivos*, que requieren determinados conocimientos del autor acerca de las características de su acción (p.ej., conocer el vínculo que lo une al sujeto pasivo en el homicidio calificado del art. 80, inc. 1°, C.P.); los *anímicos*, que normalmente se refieren al desarrollo de circunstancias psíquicas del autor (p.ej., la emoción violenta del homicidio atenuado del art. 81, inc. 1°, C.P.), o a impulsos de ese carácter que han motivado su acción (p.ej., matar por odio racial o religioso, art. 80, inc. 4°, C.P., o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito, art. 80, inc. 7°, C.P.) y los "volitivos", más propiamente llamados *ultraintencionales* (Núñez), puesto que siempre requieren la dirección de la acción hacia un hecho o circunstancia que está más allá de ella, los que normalmente designa la

ley empleando las preposiciones "para" (p.ej., matar "para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito", art. 80, inc. 7°, C.P.) o "con" (p.ej., promover o facilitar la prostitución o corrupción de menores con ánimo de lucro, art. 125, C.P.); podemos catalogar este último grupo como *delitos de tendencia* (si en la acción ha faltado la tendencia, ello no alcanza los rasgos de la tipicidad).

Todavía no se puede decir que sea pacífica en la doctrina la elaboración de los elementos subjetivos del tipo; no lo es ni sobre sus contenidos, ni sobre sus límites, ni sobre las relaciones con la culpabilidad, ni, entre nosotros, sobre la terminología a raíz del empleo, en los últimos tiempos, de traducciones de modismos de la doctrina germana, que no habían sido tradicionalmente empleados.

En cuanto a la determinación de cuáles son los verdaderos elementos subjetivos del tipo, Finzi los restringe a los que expresan voliciones sobre resultados distintos de lo que es propio de la manifestación de voluntad constituyente de la acción; Politoff sólo a los que dotan a la acción de un sentido determinante de la lesión del bien jurídico, añadiendo así algo a la conducta; Núñez agrega los que constituyen *sentimientos* (p.ej., la exigencia de que el actuar haya sido "malicioso" o "con malicia").

En los últimos tiempos parece ser que la doctrina ha llegado al acuerdo de excluir como elementos subjetivos del tipo los *elementos del ánimo o de la actitud o carácter* (p.ej., el actuar con "alevosía", "ensañamiento", etc.), aunque algunos sitúan aquí ciertos elementos que otros califican como ultraintenciones (p.ej., satisfacer deseos ajenos en la promoción de la corrupción o prostitución). Pero, mientras por una parte se advierte una tendencia a ampliar el espectro de esos elementos subjetivos, por el otro se pueden advertir quitas en los que tradicionalmente se venían considerando como tales.

En el primer sentido encontramos las menciones, dentro de esta categoría, de particulares intenciones implícitamente contenidas en la descripción típica de la acción que no se puede pensar sin ellas (como "apoderarse" en el hurto o el "abuso deshonesto" que requiere la inverecundia del contacto físico). También hallamos que se clasifican como "elementos subjetivos de expresión" particulares conocimientos que no se suman a la acción típica, sino que la constituyen (como es la diferencia entre lo conocido como sucedido y lo relatado en el falso testimonio), y como "elementos subjetivos psicológicos situacionales", determinados conocimientos sobre la situación en que el sujeto actúa por parte de

él –p.ej., saber que actúa como funcionario público para cometer un "apremio ilegal" o un "abuso de autoridad"– (ver Bustos Ramírez).

En el segundo sentido hoy se habla de elementos subjetivos del tipo, distintos del dolo, pero que son componentes de la culpabilidad –es decir, que son cuestión de culpabilidad y no de tipo– dentro de los cuales estarían los motivacionales (que nosotros hemos calificado de "anímicos") o de impulso y los de finalidades trascendentes al tipo objetivo del finalismo (que nosotros hemos clasificado entre los "ultra-intencionales") (Zaffaroni).

En nuestra teoría del delito estas agudas preocupaciones clasificatorias no tienen razón de ser; lo que para nosotros tendrá importancia es la repercusión de los elementos subjetivos en el contenido de la *culpabilidad típica*, tal como lo veremos oportunamente.

En lo que se refiere al empleo de una nueva terminología, la expresión "delitos de tendencia" que hemos empleado requiere en la doctrina moderna algunas precisiones, porque, al fin, es una denominación procedente de las exposiciones dogmáticas alemanas, donde se emplea una muy variada nomenclatura: además de la dicha se habla de "delitos de intención", de "tendencia", de "intención determinante de sentido", de "tendencia interna trascendente", etcétera. Parecería más o menos aceptado en la doctrina que se ha inspirado en la alemana y que se ha extendido en la literatura penal de habla hispánica, referirse a *tipos con tendencia interna trascendente o de intención trascendente*, donde se requiere en el autor una "ultra-intencionalidad", es decir, que se haya propuesto un objetivo que esté más allá de la escueta realización de la acción típica, dentro de los cuales se distinguen los *delitos de resultado cortado* (o "cortados delitos de resultado" –Zaffaroni–), donde el agente observa la conducta esperando un determinado efecto de ella que se produce sin su intervención directa, y que no es imprescindible que se concrete para que aquélla adquiera tipicidad (es suficiente con la intención del sujeto), como ocurre en el cohecho –art. 258, C.P.–, donde el agente da u ofrece la dádiva para lograr que el funcionario haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones, aunque no lo haga o no deje de hacerlo; o en el infanticidio –art. 81, inc. 2°, C.P.–, donde la madre mata al hijo para ocultar su deshonra, aunque no logre esto, y los *delitos incompletos (o mutilados) de dos actos*, en que el delito se realiza como medio para la perpetración de otro, aunque para la tipicidad es suficiente la realización de aquél y si este último también se perpetra opera en concurso (p.ej., el homicidio para preparar o facilitar un robo, según el art. 80, inc. 7°, Cód. Penal).

También se habla de *tipos de tendencia interna peculiar* (ver Zaffaroni), donde se comprenden los delitos con elementos especiales del ánimo, que ya hemos visto que se descartan como especies de *elementos subjetivos del tipo*, como el que implica el concepto de "alevosía" (art. 80, inc. 2°, C.P.) o aquellos que requieren asumir en la acción una determinada intención de continuación delictiva (p.ej., los que exigen la profesionalidad –art. 175 *bis*, párr. 3°, C.P.– o la habitualidad –art. 208, inc. 1°, Cód. Penal–).

Todas estas son denominaciones de fenómenos ya constatados y estudiados en nuestra doctrina que, por sí mismas, no introducen variaciones en los esquemas dogmáticos; trátase, pues, del empleo de una distinta terminología para designarlos.

3) Determinación de la pena por el tipo

§ 213. ***Procedencia y determinación de la pena como función específica del derecho penal.*** – Todos los contenidos del tipo que hemos examinado hasta ahora son, en todo caso, referencias especificativas de elementos del hecho ilícito que ya vienen construidos por la teoría general; el tipo, como hemos visto, cumple con ellos una función selectiva en orden a la imposición de la pena. La verdadera función *constitutiva* del derecho penal radica, precisamente, en la superprotección del bien jurídico, determinando la aplicación de aquélla, sus modalidades y sus medidas con referencia a específicos ataques que pueden afectarlo.

§ 214. ***Tipos básicos y tipos derivados. Delitos "simples" y calificados.*** – Normalmente el derecho penal determina las consecuencias del delito por medio de los distintos tipos que integran sus elencos, adscribiendo una determinada especie y un determinado monto o medida de pena a las distintas acciones descriptas en ellos, teniendo en cuenta la importancia de los bienes jurídicos en juego (así, entre nosotros, por el criterio político de nuestro legislador, las penas más intensas se registran en los delitos contra la vida). Pero, no pocas veces, la determinación de la pena para hechos de acciones distintas referidas a un mismo bien jurídico se hace depender de las modalidades del ataque perpetrado contra él; se presentan así los *tipos básicos* que asignan pena a la acción más simple que pue-

de constituir dicho ataque (por lo que en la jerga forense se los suele llamar delitos "simples"; p. ej., el hurto del art. 162, C.P., el homicidio del art. 79, C.P.) y los *tipos derivados o calificados*, en los que a aquella acción se suman circunstancias (referidas al autor, a los modos de la acción, a los medios empleados, etc.), que convierten el ataque en más peligroso o más reprochable, en cuyo caso estaremos ante tipos *agravados* (que contienen penas más graves que la determinada en el tipo básico, p.ej., arts. 80, 163, 174, 125, párr. 2°, C.P.), o en menos peligrosos o menos reprochables, dando lugar a los *tipos atenuados* (con penas más leves que las del tipo básico, p.ej., arts. 81, inc. 1°, y 105, C.P., etcétera).

Es común, sin embargo, que en el lenguaje del foro argentino se reserve la expresión "delito calificado" para referirse sólo a los delitos agravados.

§ 215. *CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.* – Algunas veces –lo que no deja de ser estrictamente excepcional–, el tipo enuncia "condiciones", sin el concurso de las cuales niega la imposición de la pena, que no dependen estrictamente de la conducta del autor y de las que no se puede decir que pertenezcan a la acción típicamente descripta (normalmente son circunstancias que se insertan paralelamente a ella, sin depender del curso causal, según las limitaciones de la causalidad típica, como ocurre, p.ej., con el "daño del servicio público" en el abandono de servicio del funcionario público, art. 252, Cód. Penal). Son las llamadas *condiciones objetivas de punibilidad*, cuya existencia autónoma es objeto de debate en la dogmática argentina, como más adelante relataremos.

§ 216. *EXCUSAS ABSOLUTORIAS.* – También excepcionalmente algunos tipos –o disposiciones especiales que los complementan– prevén circunstancias (de la más variada índole y procedencia) que, dándose, bloquean la imposición de la pena aunque la conducta asumida por el autor haya sido la descripta típicamente y que, por ello, se llaman *excusas absolutorias* (el desistimiento en la tentativa, art. 43, C.P.; el casamiento con la ofendida en ciertos delitos contra la honestidad, art. 132, C.P.; el parentesco o la cohabitación en algunos delitos contra la propiedad, art. 185, C.P., etcétera).

4) Extensiones o modalidades del tipo

§ 217. ***Tentativa y participación.*** – La redacción de los tipos es pensada por el legislador tomando en consideración el delito *consumado* realizado por *un autor* (salvo en los casos de autoría plural). Pero el derecho penal también castiga actos anteriores a la consumación, si van dirigidos a ella (*tentativa*) e intervenciones "activas" de otros sujetos que no pueden calificarse propiamente como autores o de varios autores de un delito, para cuya tipicidad es suficiente la actividad de un solo autor (*participación*). Para evitar en cada uno de los tipos referencias a estas particulares modalidades de conducta, se regulan ellas en disposiciones aplicables a la generalidad de los delitos (aunque se dan algunas excepciones) previstos en los tipos de la Parte Especial del Código Penal y leyes penales especiales (arts. 42 y ss. y 45 y ss., C.P.); por eso se dice que tales regulaciones constituyen "extensiones del tipo".

D) La antijuridicidad y lo antijurídico

§ 218. ***El lugar de la antijuridicidad en la teoría del delito.*** – En las nociones introductorias pusimos de manifiesto que la caracterización de antijurídica de una acción depende del ordenamiento jurídico general y que, por tanto, "lo antijurídico" es algo que precede al tipo penal, ya que depende de los mandatos de aquél. Mas, puesto que es precisamente el tipo el que especifica "lo antijurídico" merecedor de pena, no parece totalmente absurdo que en la teoría jurídica del delito pueda examinarse lo atinente a la antijuridicidad –como uno de los presupuestos de la pena– a continuación del examen de aquél; poniendo atención en el modo como ha sido especificada.

§ 219. ***Construcción predominantemente negativa de la antijuridicidad en la doctrina penal.*** – Puesto que el derecho penal –aunque ya dijimos que no actuando como tal sino como ordenamiento jurídico general– regula, con mayor cuidado que en otras ramas del derecho, las situaciones en que la antijuridicidad queda excluida pese a que la conducta constituye un ata-

que al bien jurídico, por lo común el tema se trata en la doctrina penal desde un ángulo predominantemente negativo: el grueso del examen penal de la teoría de la antijuridicidad recae sobre la "ausencia de antijuridicidad" (justificación).

Sin embargo, dentro de la propia doctrina penal se rescata la preocupación por algunos interrogantes fundamentales que integran su aspecto positivo, como son el propio concepto de antijuridicidad y el funcionamiento de dicha característica en la materia del delito, del que proviene el tema de las relaciones entre el tipo penal y la antijuridicidad. Si el primero es más bien una cuestión de la teoría general del hecho ilícito que puede ser parcialmente reelaborada en la teoría del delito a raíz de algunos debates que han surgido dentro de ella, el segundo es un tema propio de esta última teoría, según ya lo hemos adelantado al estudiar el tipo penal.

> Nadie mejor que Maurach ha descripto el criterio negativo del examen del tema de la antijuridicidad en la doctrina penal: "La teoría de la antijuridicidad es en la *praxis* una teoría de la adecuación al derecho, es decir, una exposición de aquellos hechos que, a pesar de la realización del tipo, no son antijurídicos en el caso concreto y, por lo tanto, irrelevantes para el derecho penal". Según esta manera de ver las cosas, "la pregunta sobre la antijuridicidad es en realidad una pregunta por la eventual justificación de una acción típica", y todo el problema se concreta "en la verificación de que un caso no se subsume bajo el supuesto de hechos de una causa de justificación" (Bacigalupo).
>
> De acuerdo con lo que hemos expuesto, esa manera de ver la cuestión de modo exclusivo, entraña el peligro de llegar a vaciar la teoría misma del tipo de un importante caudal de materiales y deja de reconocer que, en resumidas cuentas, la teoría negativa de la antijuridicidad (justificación) es parte de la teoría general de los hechos jurídicos –por más que muchas de sus reglas tengan que ser extraídas de las regulaciones penales– si no se lo explicita debidamente.

1) Concepto, carácter y funcionamiento de la antijuridicidad

§ 220. ***Antijuridicidad, mandato y bien jurídico protegido.*** – Inveteradamente la antijuridicidad ha sido descripta como la contradicción entre el hecho (conducta) del autor y el derecho,

o sea: es antijurídica la conducta que infringe el mandato del orden jurídico haciendo lo prohibido o no haciendo lo impuesto (obligado) por él. Pero tenemos que tener presente que lo que los mandatos prohíben son ataques a bienes jurídicos y que lo que imponen son conductas destinadas a preservarlos, por lo cual, en estos últimos, el ataque se concreta en la omisión.

Ateniéndonos a la descripción meramente formal de la antijuridicidad dada en la primera parte del párrafo anterior, y a la delimitación de su contenido según lo dicho a continuación, parecería que el examen autónomo de la antijuridicidad podría resultar superfluo: sería suficiente con distinguir si la conducta propuesta asumió la entidad de ser un ataque a un bien jurídico protegido por el mandato para contestar todos los interrogantes que el tema pudiera plantear.

§ 221. ***EXPLICACIÓN DE LA RELACIÓN DE ANTIJURIDICIDAD POR EL PROCEDIMIENTO DE LA REGLA-EXCEPCIÓN.*** – Pero ocurre que a veces, como hemos visto al tratar el tipo, hay acciones que sólo aparentan las características de ser ataque, por adecuarse a las "formas" del mandato según las especificaciones de aquél, pero en términos de realidad no lo constituyen. Y, además, se dan acciones que realmente atacan bienes jurídicos protegidos y, sin embargo, son permitidas por el derecho; se dice que tales permisiones (justificación) son excepciones a la regla de la antijuridicidad, lo cual en verdad es una modalidad explicativa que no coincide exactamente con los términos del objeto que se trata de describir, ya que en esos casos no es que la permisión-justificación del derecho haga "desaparecer" una antijuridicidad preexistente, sino que aborta inicialmente su nacimiento.

Sin embargo, no en vano los penalistas acuden reiteradamente a ella para explicar la antijuridicidad, puesto que en el derecho penal –a raíz de la importancia teórica del tipo-tipicidad– es la que facilita alcanzar un concepto más preciso de aquélla, en cuanto característica de la conducta, para servir como presupuesto de la pena.

De acuerdo con ese modo de ver la relación que estudiamos, se puede decir que *una acción es antijurídica cuando, constituyendo un ataque a un bien jurídico (menoscabándolo o poniéndolo en peligro) protegido por el mandato, no se adecua*

a una finalidad admitida o impuesta por el derecho; en otras palabras: *es antijurídico el ataque a un bien jurídico protegido no admitido por el derecho* (el que mata obra antijurídicamente, pero el que mata en legítima defensa, no obra antijurídicamente).

Atendiendo a la coherencia de sus conceptos sobre lo que es la tipicidad penal (tipicidad legal más tipicidad conglobante), puesto que de otra manera no sería exacta, he aquí cómo explica Zaffaroni la relación antes dicha: "La antijuridicidad surge de la *antinormatividad* (tipicidad penal) y de la falta de adecuación a un tipo permisivo. La antijuridicidad presupone la antinormatividad, pero no es suficiente la antinormatividad, para configurar la antijuridicidad, pues la antinormatividad puede ser neutralizada por un precepto permisivo".

§ 222. *LA ANTIJURIDICIDAD Y "LO ANTIJURÍDICO".* – De lo expuesto se infiere que la antijuridicidad en la teoría general del hecho ilícito y, por ende, en la teoría del delito, únicamente puede ser mentada como una característica de la conducta, como un calificativo de la acción. La antijuridicidad en sí es un adjetivo que se "realiza" al ser referido a una acción; lo que "existe" es "la acción antijurídica", no la antijuridicidad sin esa referencia.

Pero no es conflictivo indicar una conducta antijurídica como "lo antijurídico", o sea, referirse a la cuestión por medio de una sustantivación de ella. En nuestro derecho esta doble formulación no produce consecuencias dogmáticas, particularmente si consideramos el tipo con los contenidos precedentemente explicados.

El vocablo antijuridicidad y su correlato de "lo antijurídico" han terminado por imponerse, no sólo en la doctrina penal, sino también en la civil a otra terminología, que alguna vez se empleó como sinónimo: ilicitud, injusto, etcétera.

En orden a la sustantivación ya hemos aclarado que el *injusto sustantivizado*, que Welzel consiguió convertir en expresión corriente de gran parte de la doctrina penal, es una referencia a la conducta típicamente antijurídica: "antijuridicidad es la característica de una figura (es decir, de una acción configurada de ser contraria al orden jurídico); injusto es la conducta que presenta los caracteres de ser penalmente típica y antijurídica. La antijuridicidad es una característica del injusto" (Zaffaroni).

§ 223. *LA ANTIJURIDICIDAD COMO JUICIO OBJETIVO Y LA "ANTIJURIDICIDAD SUBJETIVA".* – Como ya lo hemos expuesto, si los aspectos descriptivos del tipo los constatamos por la percepción, la calificación de antijurídica de la conducta, es decir la afirmación de su existencia o inexistencia respecto de ella, sólo podemos alcanzarla formulando un juicio; lo que no importa sostener que la antijuridicidad "es un juicio", propiamente es una relación que se determina mediante un juicio. Ese juicio es, en primer lugar, un *juicio de valor*; pues por su mediación se quiere saber si la acción de que se trate es valiosa o disvaliosa para el derecho (mandatos). Es un juicio de valor que tiene que ser formulado por dos sujetos: contemporáneamente con la realización de la conducta por el mismo autor, ya que, como veremos, de ello dependerá en gran medida el contenido de la culpabilidad; históricamente por el juez a los efectos de considerar esa conducta como presupuesto de la pena.

En segundo lugar dícese que es un *juicio objetivo*, tanto por el objeto valorado (la acción-conducta como ataque a un bien jurídico protegido), como por los elementos que se ponen en juego para formularlo: la "realidad" del ataque y las "formas" de ataque –que tienen que ser no admitidas por el derecho– para concluir en la "disvaliosidad" de la conducta.

No desconoce esa objetividad la circunstancia de que, en ocasiones, las "formas" punibles de ataque reclamen particulares elementos de naturaleza subjetiva (elementos subjetivos del tipo), puesto que en el examen de lo antijurídico seleccionado por el tipo para imponerle pena, la existencia de aquéllos –aunque necesitada de un examen de la subjetividad del autor– es tomada como dato objetivo para realizar el juicio de antijuridicidad.

Hay que aclarar, empero, que no ha sido extraña en la doctrina penal una tendencia que llegó a considerar que sólo puede *ser antijurídica* la acción que como tal haya sido encarada por el autor: la que éste se propuso realizar como acción antijurídica. Esta tesis de la *antijuridicidad subjetiva* puede ser exacta al tiempo de la formulación del juicio de reproche constitutivo de la culpabilidad –como lo acabamos de decir–, pero no lo es respecto del juicio de antijuridicidad, según lo hemos descripto.

La tesis de la *antijuridicidad subjetiva*, tal como se sostuvo antes de que el finalismo campeara en la doctrina penal con su concepto de "injusto personal", nada tiene en verdad que ver con este último criterio, que al introducir el dolo en el tipo, como tipo subjetivo, no puede menos que catalogar el injusto (la conducta típicamente antijurídica) como injusto de cada autor concreto; lo injusto y, por consiguiente, lo antijurídico, puede serlo para un sujeto y no para otro; por ello, lo antijurídico no depende exclusivamente de datos objetivos (Zaffaroni). Ya hemos expuesto nuestra preocupación por algunas consecuencias de esta personalización del injusto (posibilidad del actuar antijurídico del autor mediato por vía de un ejecutor que actúa justificadamente), que más adelante desarrollaremos.

2) Las relaciones entre el tipo y la antijuridicidad

§ 224. ***El tipo como indicio y como razón de ser de la antijuridicidad.*** – Aunque una de las tesis parece haber alcanzado primacía en la doctrina penal, pensamos que en ella no se halla totalmente superado el debate sobre el carácter de las relaciones entre el tipo y la antijuridicidad.

En tanto que para unos el tipo es *indicio de antijuridicidad*, para otros es *razón esencial* de ella. Aquéllos insisten en la explicación de la antijuridicidad por el procedimiento de la regla-excepción: en principio lo típico es lo antijurídico, a menos que se dé una de las circunstancias (causas de justificación) que excluyen la antijuridicidad. Para éstos, en el derecho penal lo antijurídico es lo típico, con lo cual a la postre se reconocería la existencia (autónoma) de una "antijuridicidad penal", sin parar mientes en que la antijuridicidad es un concepto común a todos los hechos ilícitos. Esta última advertencia ha favorecido, sin duda alguna, la preponderancia de la primera de las tesis, aunque para que en ella no se llegue a incurrir en el mismo defecto se requieren ciertas precisiones.

§ 225. ***El tipo como seleccionador de lo antijurídico punible.*** – Hemos subrayado reiterativamente que lo que hace el tipo penal es seleccionar, entre las múltiples acciones antijurídicas que designa el ordenamiento jurídico, las que se consideran merecedoras de pena y a veces, para hacerlo, especifica particularmente las modalidades de ataque (de alcanzar la anti-

juridicidad) para punir una de las "formas" de la acción antijurídica y no las otras (p.ej., "pune" la usurpación cuando ella se realiza por ciertos medios, como la violencia o el corrimiento de límite, art. 181, C.P., y no la realizada de otro modo, aunque ésta siga siendo antijurídica).

Como lo hemos visto, dicha selección la realiza, básicamente, por medio de la puntualización de los bienes jurídicos que por su importancia merecen la superprotección de la pena, o, como acabamos de exponer, por el mayor peligro que para ellos representan ciertas "formas" de ataque, especificando la "porción" de lo antijurídico que toma en consideración, lo cual en ocasiones determina a través de mayores exigencias con que dota a la antijuridicidad que ya caracteriza a la acción en el ordenamiento jurídico (elementos normativos).

Pero si tenemos en cuenta que el tipo "no puede" lógicamente asignar pena a la conducta que no sea antijurídica por estar justificada, lo que se puede decir en verdad de él es que es *indicio de antijuridicidad punible*, en el sentido de que es la punibilidad la que puede verse excluida por una circunstancia de impunidad.

Ya hicimos notar que esta manera de tratar el funcionamiento del tipo penal en relación con lo antijurídico no está totalmente alejada del pensamiento de Zaffaroni sobre lo que él llama *tipicidad conglobante*, sobre todo cuando afirma que "la conducta típica será necesariamente contraria a la norma... y afectará al bien jurídico... por el hecho de ser penalmente típica necesariamente debe ser también antinormativa". Pero al establecer el contacto entre la conducta antijurídica y su tipicidad penal, da algunas veces la impresión de invertir el orden de la gestación jurídica del delito, cuando sostiene que no porque una conducta sea formalmente típica por sí será antijurídica, en razón de que a la tipicidad legal tiene que sumarse la tipicidad conglobante (que la conducta puede considerarse verdaderamente prohibida en el total ordenamiento jurídico), para encontrarse con la tipicidad penal. Pero recordemos que Zaffaroni detiene la tipicidad conglobante básicamente en la consideración de permisos o exigencias jurídicas, a los que no parecen pertenecer muchas de las llamadas causas de justificación.

Para nosotros una conducta justificada es una conducta que no puede caber en el tipo, porque éste implica, necesariamente, la antijuridicidad de la conducta que selecciona para aplicarle una pena. Aunque en virtud de que el tipo, al seleccionar deter-

minadas conductas, puede mostrar la conveniencia de examinar la antijuridicidad a partir de él, en orden a la generación del delito es impensable sin el previo reconocimiento de la antijuridicidad.

§ 226. *TEORÍA DE LOS ELEMENTOS NEGATIVOS DEL TIPO.* – Lo dicho sobre la real ubicación de las justificantes respecto del examen de la tipicidad, parece acercarnos a la llamada *teoría de los elementos negativos del tipo*, que, al fin, es una de las teorías sobre las relaciones entre tipo y antijuridicidad. Recordemos que frente a la teoría del *tipo avalorado*, es decir, valorativamente neutro, que nada dice sobre la antijuridicidad de la conducta, y a la idea del tipo como indicio de antijuridicidad, se presenta la tesis del tipo como *ratio essendi* de la antijuridicidad, en la que se han designado dos corrientes: la del *tipo de injusto* (Bockelmann), en la que, si bien se reconoce que es el tipo el que determina la antijuridicidad, se admite que pueda excluírsela por la vigencia de una causa de justificación, que ha sido acusada de incoherente porque no puede ser "que un estrato afirme lo que en el otro se puede negar" (Zaffaroni); y la de los *elementos negativos del tipo* –cuyos orígenes se hacen remontar a Merkel, aunque se asigna su concreción a von Weber y su defensa actual a Roxin– la cual, en resumidas cuentas, sostiene que cuando se formula el juicio de tipicidad, también se formula el juicio de antijuridicidad: el carácter de las justificantes es el de ser elementos negativos del tipo, ya que delimitan el tipo positivo (la conducta que es verdaderamente antijurídica por ser típica). Aunque lógicamente se pueden diferenciar dos tipos: uno positivo y otro negativo, prácticamente, al cumplir ambos la misma función, se puede hablar de un tipo (*tipo total*), en el que se ensamblan los mandatos prohibitivos con las normas permisivas. Zaffaroni critica esta teoría porque implica "retrotraer la teoría del delito a los tiempos anteriores a la introducción del concepto de tipo penal"; Bustos Ramírez, apoyándose en el carácter unitario de la antijuridicidad sostiene que, "en la teoría del delito ello simplifica... la complejidad del ordenamiento jurídico y reduce todo a un puro problema penal". Para Bacigalupo, ella es lógicamente tan válida como la del tipo-indicio y todo depende "de la teoría del error que se adopte", porque si al error sobre los presupuestos de una causa de justificación se lo considera asimilado al error de tipo, la teoría de los elementos negativos del tipo resultará adecuada, no así si a aquel error se lo trabaja como error-prohibición, aunque indica que la cuestión ha perdido significado desde que se ha descubierto que "los presupuestos de una causa de justificación contienen elementos que corresponden a la antijuridicidad y a la tipicidad".

Quizá no necesitemos insistir mucho para señalar las diferencias de nuestra tesis con la de los elementos negativos del tipo, porque para ésta no hay antijuridicidad sin tipo "positivo", es decir, sin el tipo no bloqueado por elementos negativos del tipo, en tanto que para nosotros no se puede pensar la tipicidad sino respecto de una conducta que sea antijurídica (no justificada) previa a él, sin perjuicio de que en el examen del caso concreto invirtamos el orden de examen a raíz de la particular configuración de la antijuridicidad de la conducta que el tipo elige como merecedora de pena.

Por otra parte, reconozcamos que la teoría de los elementos negativos del tipo no es fácil de compaginar con un criterio de carácter sistemático o específico.

Aunque nosotros trabajamos con un criterio distinto y nuestra teoría del error no depende de la calificación en error de tipo y de prohibición (pese a que sus precisiones alguna vez pueden utilizarse con fruto), porque así nos lo permite nuestro derecho, tampoco es la teoría de los elementos negativos del tipo la que sostenemos. Simplemente hemos reducido la función que el tipo desempeña respecto de la antijuridicidad, aunque ampliando la comprensión de su fórmula, subrayando que también la comprende.

Por supuesto que con ello podemos merecer la misma censura que a Zaffaroni le merece la teoría que estamos exponiendo, pero para nosotros el moderno concepto de tipo es un instrumento de mayor precisión de la teoría del delito, que de ninguna manera alcanza a desconocer el esquema general de la teoría de los hechos ilícitos, a cuyas fuentes pretendemos regresar provistos de los nuevos medios de análisis.

No es conveniente poner fin a esta noticia de las teorizaciones sobre la relación tipo-antijuridicidad sin dar cuenta de que para Núñez si bien el tipo funciona normalmente como indicio de antijuridicidad, no ocurre así en los casos "en los que un elemento normativo del tipo exige y adelanta, como un elemento de la noción del hecho, el juicio sobre la antijuridicidad del comportamiento del autor".

§ 227. ***El derecho penal como sancionador y como constitutivo de ilicitudes.*** – Repitamos una vez más la conclusión a que reiteradamente nos han conducido las explicaciones dadas hasta aquí sobre la teoría del delito: en cuanto concepto adjetivante de la acción, la antijuridicidad "precede" al tipo; éste únicamente puede seleccionar para aplicarles pena acciones

que *ya* son consideradas antijurídicas por el ordenamiento jurídico.

Lo antijurídico tiene que ser buscado en el total ordenamiento jurídico (el mundo de las normas-mandatos); en él tiene su sede la antijuridicidad. El derecho penal realiza la búsqueda de las acciones punibles dentro del catálogo de las que allí son antijurídicas. Por eso se dice que es *sancionador* (se limita a sancionar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico).

Pero algunas disposiciones contenidas en leyes penales traen verdaderas normas-mandatos, que, originalmente, prohíben conductas u obligan a realizar otras (es bastante común que así ocurra respecto de delitos de peligro cuando éste no es claramente tenido en cuenta por otras ramas del derecho, p.ej., la omisión de auxilio del art. 108, C.P., obliga, en principio, a cualquier persona a proporcionar auxilio a un incapacitado); teniéndolas presente, se dice que el derecho penal también es *constitutivo* (creador de sus propias ilicitudes).

Sin embargo, ya hemos anticipado que al formular tales normas-mandatos el derecho penal no funciona propiamente como tal, sino que, dejando de lado la característica fundamental de su labor (establecer penas), asume la característica funcional del ordenamiento jurídico general (actúa como "derecho", no como "derecho penal").

§ 228. *ANTIJURIDICIDAD FORMAL O SUSTANCIAL (MATERIAL).* – En verdad ha sido en torno al examen de la sede de la antijuridicidad como en un momento de la doctrina penal de este siglo se suscitó el debate sobre si ella es *formal o sustancial (material)*. Por la primera se entendía que su determinación dependía exclusivamente de las normas contenidas (y formuladas) en el ordenamiento jurídico. Por la segunda se sostenía que las normas determinativas de la antijuridicidad podían pertenecer a otros órdenes de mandatos (p.ej., "normas de cultura"), aunque al fin se terminaba reconociendo que esos mandatos tenían que "estar reconocidos por el Estado" (con lo cual se "formalizaban" o "juridizaban"), o que tenían que integrarse en las fórmulas penales mediante una tarea "constitutiva" del derecho penal. Ya veremos que esta última corriente desembocaba en la llamada "justificación supralegal".

Al hablar del tipo creemos haber puntualizado que los criterios modernos sobre la relación antijuridicidad formal-antijuridicidad material no son los expuestos y que como oposición puede considerarse superada, porque la antijuridicidad es formal en cuanto son los mandatos jurídicos el cuadro de valor en relación al que se formula el respectivo juicio, y es material en cuanto no puede calificarse como antijurídica más que la acción proyectada como ataque a un bien jurídico.

El primitivo concepto de antijuridicidad material trató de hallar el fundamento de ella, mejor dicho, la pauta de valor que tenía que emplearse para formular su juicio fuera del ordenamiento jurídico, en conceptos sociológicos (lo socialmente dañoso o perjudicial), que, si bien fueron pensados en función de los límites de la antijuridicidad, extendiendo las justificantes (ver Núñez), como lo veremos al exponer la teoría negativa (justificación supralegal), al poner en manos del intérprete un dilatado arbitrio en el juego de la antijuridicidad-justificación, acarreó también el peligro de dilatar indebidamente la primera (Zaffaroni).

§ 229. *Funcionamiento de la regla-excepción.* – Dijimos que, teniendo presente que en la génesis jurídica del delito el concepto de antijuridicidad precede al del tipo, el procedimiento de la regla-excepción como determinativo de aquélla no deja de mostrarse algo lógicamente falaz, pero que ello no le quita toda utilidad práctica. Procuremos explicar más precisamente esa aparente incongruencia, desarrollando lo que ya hemos advertido.

Frente a la circunstancia de que el tipo no puede seleccionar para imponerle pena una conducta justificada, porque ella no es antijurídica, tenemos que la regulación tan meticulosa del derecho penal sobre causas de justificación, parece forzar una visión inversa a dicho orden de precedencia: en él, primero estaría el tipo y después la antijuridicidad; pero esencialmente ese orden no es exacto por lo que hemos explicado, subrayando que, en verdad, cuando las disposiciones de las leyes penales regulan las justificantes, no cumplen una función de derecho penal sino de ordenamiento jurídico general (como ocurre cuando crea sus propias ilicitudes).

Esto ha sido expresamente reconocido, pues pensar de modo contrario implicaría creer en una antijuridicidad penal autónoma: "Esa determinación de la antijuridicidad mediante el principio de

> la regla-excepción, no conduce a la existencia de una especial antijuridicidad penal... si bien el tipo es una selección de hechos que por su dañosidad el legislador declara dignos de pena, esa selección no las excluye del sometimiento al juicio unitario de todo el ordenamiento jurídico positivo" (Núñez).

Con todo, en el examen de un particular delito (en un caso concreto), siendo el tipo el que seleccionó la conducta punible y estando en él comprendidos los límites de la antijuridicidad a ese efecto, se tiene que comenzar por él y por la existencia de dicha característica según sus exigencias, para pasar luego a examinar su negación por medio de la posibilidad de negación por vía de las justificantes; trátase de un plano procedimental que no desconoce la verdadera estructura jurídica del delito.

§ 230. ***Casos de deberes específicos. Omisión. Tipos abiertos.*** – En ese plano procedimental, es menester aclarar que en los delitos que reclaman un análisis de la antijuridicidad en torno a un determinado deber jurídico violado (como en casos de omisión y de algunos tipos abiertos), la negación de aquélla tiene que referir siempre a la conducta desconocedora del deber, no a la causación o producción material del resultado típico, que, no siendo "conducta" en sí misma, ni puede ser antijurídica ni, por ende, puede decirse que esté ella justificada (p.ej., en el homicidio culposo, no será la muerte "lo justificado", sino la conducta negligente o imprudente cuyo despliegue la ocasionó).

§ 231. ***Unidad de la antijuridicidad en el ordenamiento jurídico.*** – El principio de la *unidad de la antijuridicidad*, en cuyo criterio ha insistido siempre la doctrina, colora todo el contenido de la teoría del delito y de las tesis que hemos venido exponiendo sobre ella.

De manera aproximada y con finalidad explicativa, se insiste en la consecuencia de este principio: lo que es antijurídico en una rama del derecho no puede estar justificado en otra. Aunque ello es estrictamente cierto, tal afirmación necesita de algunas precisiones.

Yendo de lo *general a lo especial*, o sea de la teoría general del hecho ilícito a la teoría del delito, no cabe duda alguna de

que lo que no es antijurídico en el resto del ordenamiento jurídico, no puede ser "penalmente" antijurídico. Tampoco la afirmación deja de ser exacta si se va de lo *especial a lo general*, es decir, de la teoría del delito a la teoría general del hecho ilícito, pero tiene que quedar perfectamente claro que la circunstancia de que una acción antijurídica según el ordenamiento jurídico no haya sido seleccionada por el tipo penal como presupuesto de aplicación de la pena, no le quita aquella característica: sigue siendo antijurídica.

Esto último puede ocurrir en distintas circunstancias. Cuando la protección "penal" del bien jurídico se reduce a determinados modos de agraviarlo; si éstos han faltado, la conducta seguirá siendo antijurídica, aunque desde el punto de vista del derecho penal no sea típicamente antijurídica (p.ej., el despojo de un inmueble constituye "usurpación" según el art. 181, inc. 1°, C.P., cuando se lo realiza por medio de "violencia, engaño o abuso de confianza"; la circunstancia de que un despojo no se haya producido mediante el empleo de alguno de esos medios no importa que deje de ser antijurídico, aunque no dará lugar a la pena). Cuando el tipo penal especifica la antijuridicidad mediante un elemento normativo no jurídico, la inexistencia de él no elimina la antijuridicidad con que el ordenamiento jurídico general calificó a la acción (el "estupro" deja de ser punible si el acceso carnal consentido recae sobre una mujer que no es "honesta", pero nada impide que ese hecho dé lugar a una reparación en ciertos casos por haber permanecido incólume su antijuridicidad).

§ 231-1. ***Nuevos conceptos de antijuridicidad en el derecho civil.*** – Aunque lo anteriormente expuesto sigue siendo exacto, en otros aspectos el principio de unidad de la antijuridicidad adquiere coloraciones variables a partir de la preponderancia que ha ido obteniendo la responsabilidad objetiva en el mundo del derecho civil, especialmente con el empleo, prácticamente como principio general, de la *teoría del riesgo*, en la que la responsabilidad reparatoria ya no se asienta en el carácter ilícito de la conducta del agente, sino en la insoportabilidad del daño por parte del que lo sufre; aquella responsabilidad se da toda vez que el paciente no está obligado a soportar el daño, aun cuando el mismo se haya originado en una actividad

lícita del causante, pero catalogada como peligrosa. Claro que hablar en esos casos de "antijuridicidad" es casi un eufemismo, pero lo que tiene que quedar firme, es que si hasta hace unos años la responsabilidad civil se correspondía con el subjetivismo de la penal (de allí muchas de las regulaciones sobre hechos ilícitos de nuestro Código Civil), ese es un principio que no tiene ahora igual dimensión.

E) Culpabilidad

1) Sentido, ubicación y contenido de la culpabilidad

§ 232. ***Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva.*** – El derecho tiene dos modos de hacer responder al sujeto por sus acciones, que distinguen la responsabilidad objetiva de la subjetiva. Por la primera responde fundamentalmente porque su acción menoscabó un bien jurídico; con ello el derecho pretende, primordialmente, volver a equilibrar las relaciones de "bienes" que la acción desequilibró. Por la segunda, responde porque la acción se le puede *reprochar* por haber actuado con voluntad de desconocer el mandato protector del bien jurídico, sea porque directamente ha querido violarlo o por haber aceptado violarlo, sea por no haber atendido, como debió hacerlo, a la posibilidad de violarlo. En ésta el *reproche* se presenta como fundamento o presupuesto de la sanción, sumándose a la acción materialmente (objetivamente) constitutiva del ataque al bien jurídico; además, antes que la magnitud del ataque, es el grado de reproche el que dimensiona la intensidad de la sanción en tanto sea la de la pena, es decir, cuando no esté dirigida a la reparación debida al titular del bien jurídico menoscabado.

En realidad la teoría del hecho ilícito siempre fundamenta la sanción, trátese de la pena o de la reparación, sobre la responsabilidad subjetiva, aunque en ocasiones, para dar lugar a esta última, se conforme con una responsabilidad subjetiva presunta (que tiene los mismos efectos que la objetiva), como ocurre en los casos de inversión de la carga de la prueba de la culpa (art. 1113, C.C.); la responsabilidad objetiva, por el contrario, se extiende a cualquier caso de desequilibrio, aunque éste no provenga directa-

mente de la violación de un mandato jurídico (como en los casos de responsabilidad por "riesgo creado", que en verdad presuponen desequilibrios producidos por actividades lícitas, aunque erróneamente se hable en ellos de una "ilicitud" de los resultados).

§ 233. *LA RESPONSABILIDAD PENAL COMO RESPONSABILIDAD SUBJETIVA. "NULLUM CRIMEN, NULLA POENA, SINE CULPA".* – Al mundo de la responsabilidad subjetiva pertenece la teoría del delito. Por lo tanto, la acción delictuosa como presupuesto de la pena, pasa por el reconocimiento de su reprochabilidad por medio de un juicio que la valora teniendo en cuenta lo que el sujeto ha querido hacer o no hacer. Trátase, por consiguiente, de un juicio que se formula sobre la subjetividad del autor, en el cual tiene que determinarse la existencia de la voluntad relacionada con la observancia o inobservancia de la norma-mandato, para especificar después si se trató de una voluntad "plena" –no condicionada más allá de las posibilidades del hombre para dominar los condicionamientos, según los límites fijados por el derecho– y si esa voluntad fue realmente concebida como contraria al mandato.

Esta ubicación del delito dentro del cuadro de la responsabilidad subjetiva se resume en el principio general que rige nuestro derecho penal: *no hay delito ni pena sin culpabilidad.*

§ 234. *DEBATE SOBRE EL CONTENIDO DE LA TEORÍA DE LA CULPABILIDAD Y SU UBICACIÓN.* – Dependiendo, pues, el juicio de reprochabilidad del carácter de la voluntad "contraria al mandato", puesto que sobre ella se formula, y perteneciendo ella a la acción como uno de sus requisitos, teóricamente nada se opondría a que el estudio de dicha voluntad, objeto del juicio, se realizara a nivel de la acción típica, o mejor, dentro de la teoría del tipo, aunque en tal caso quitando las referencias al mandato (concepto de *dolo natural*, avalorado), como hacen los finalistas en el *tipo subjetivo*, dejando para el capítulo de la culpabilidad sólo lo que atañe a la propia formulación del juicio de reproche, más aún si se distinguen correctamente los planos dentro de un concepto amplio de tipo, como el que nos ha servido para exponer.

Pero en el examen de un concreto delito –que es lo que verdaderamente interesa a la dogmática–, no se puede decir

que produzca incoherencias deformantes seguir manteniendo el examen de la *materia* (objeto), sobre la que se emite el juicio de reprochabilidad, en el capítulo destinado a la culpabilidad. Y desde un punto de vista tanto lógico como práctico parece más conveniente, porque si bien los límites de la culpabilidad dependen del tipo como vimos, al tener que realizar el juicio de reproche sobre la voluntad en sus relaciones con el mandato y siendo éste integrativo del tema básico de la antijuridicidad, parece más conveniente unificar todo el tratamiento del objeto del juicio juntamente con él, sin gastar esfuerzos en rigurosas tareas de encuadramiento de "partes" o "planos" de aquel objeto.

Podrá sostenerse que la distinción de dichos planos (objeto del juicio-formulación del juicio de reproche) es imprescindible, pues también el inculpable (no reprochable) actúa con dolo o con culpa en cuanto éstos constituyen las finalidades de su acción; pero, fuera de los reparos que nos merece una tal noción de finalidad, no encontramos que ello sea una objeción seria para impedir el examen de las direcciones de la voluntad, –según las exigencias del tipo que también rigen la materia– en la teoría propia de la culpabilidad.

Por otro lado, conviene subrayar lo que ya hemos advertido: para restringir el examen del dolo en el tratamiento del tipo (especialmente del tipo en sentido sistemático), tenemos que partir de un concepto de *dolo natural*, que no relaciona la voluntad con el mandato, ni condice con la noción tradicional de dolo, ni es la que emplea la teoría general del hecho ilícito, sino que *es el que ella aporta* a la teoría del delito. Tendríamos, pues, que dicho dolo natural impulsaría la conceptualización de un "dolo penal" que escindiría las dos teorías, haciéndolas transitar por carriles paralelos sin puntos de contacto, lo cual hemos señalado como uno de los más graves defectos de las modernas doctrinas penales.

El finalismo construye su concepto de dolo natural sobre la base de la simple posibilidad de comprensión de la antijuridicidad, advirtiendo que el concepto tradicional de "dolo malo" –propio del causalismo– se plantea como una efectiva comprensión de la antijuridicidad que obliga a introducirlo en la culpabilidad, y no resuelve problemas como el dolo en la tentativa y el "dolo del loco" (Zaffaroni); aquel problema lo veremos en su momento; sobre éste: una cosa es que se pueda decir que el loco actuó con finalidad y otra que actuó con dolo en relación al mandato; es un problema de límites de conceptos. Tales objeciones de la doctrina finalista se extienden también a la culpa, sostenién-

dose que situar el examen de la culpa en la culpabilidad no nos permite averiguar si se ha violado o no el deber de cuidado que "sólo puede violarse sabiendo qué fin perseguía el autor" (Zaffaroni); es lógico que si finalidad en el delito culposo equivale a culpa, la objeción puede ser cierta, pero no si el contenido de la finalidad es otro distinto, como vimos y volveremos a desarrollar al tratar de ella.

En un plano de compromiso entre finalismo y causalismo, negando la culpabilidad "como posibilidad" y afirmando el concepto de culpabilidad como "voluntad consciente y libre (tipificada dolosa o culposamente)", merecedora del juicio de reproche, sostiene Campos que en la medida en que el legislador crea las figuras "con relación circunstanciada de sus características fácticas objetivadas y el dolo imprescindible que deberá abarcar aquéllas", el dolo y la culpa son conceptos normativos que pertenecen al tipo; lo cual no negamos, pero también el tipo (en el sentido que nosotros lo tomamos), trae otros muchos conceptos normativos que no por ello tienen que reducirse imprescindiblemente a ser examinados exclusivamente en su teoría.

Mantenemos el estudio del dolo y la culpa como objeto y fundamento referencial del juicio de reproche dentro de los desarrollos de la teoría de la culpabilidad. Al fin, con dicho procedimiento las soluciones de los casos no serán distintas, aunque puede ocurrir que algunas de nuestras conceptualizaciones se coloquen a cierta distancia de las que hoy son comunes en una buena parte de la doctrina penal.

Nuestra teoría de la culpabilidad indagará, pues, cuáles son los sujetos capaces de adoptar una conducta como contraria a la norma (imputabilidad), cuáles y cómo son las formas de la voluntad que los determina a la opción (dolo, culpa) que les puede ser reprochada jurídicamente, y, por fin, cómo se formula el juicio de reproche, advirtiendo que, lo mismo que en la antijuridicidad, en lo que atañe a la culpabilidad las disposiciones de las leyes penales prácticamente están exclusivamente volcadas sobre el aspecto negativo de ella (causas de inimputabilidad e inculpabilidad); el aspecto positivo tiene que formalizarse con los materiales procedentes de la teoría general del hecho ilícito, con las complementaciones de los límites establecidos por los tipos y las limitaciones correctivas o especificativas que deban inferirse de dicha reglamentación negativa.

§ 235. *LA CULPABILIDAD COMO RESPONSABILIDAD.* – Así como la anterior doctrina procuraba distinguir nítidamente la culpabilidad como elemento estructurante del delito, de la responsabilidad como consecuencia de él, en la moderna doctrina se acentúa un acercamiento entre ambos conceptos.

En esta dirección quizá la posición de menor ruptura sea la que ve la culpabilidad como el "conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma", condiciones que dependerán de las teorías que se adopten respecto de las finalidades de la pena (las absolutas pretenderán condiciones que signifiquen la fundamentación de una responsabilidad ético-jurídica; las de la prevención especial introducirán elementos que permitan el pronóstico) (sobre la cuestión, ver Bacigalupo). Más adelante veremos hasta qué punto ha llegado a desarrollarse esta tendencia.

§ 236. *LA ATRIBUIBILIDAD O RESPONSABILIDAD POR EL HECHO COMO CATEGORÍA ESTRUCTURAL DEL DELITO.* – Al relatar la evolución contemporánea de la teoría del delito hicimos notar que parte de la doctrina ha procurado "insertar" entre la antijuridicidad y la culpabilidad, lo que denominan *atribuibilidad o responsabilidad por el hecho*. Para llegar a ello se dice que al lado de los casos de ausencia de antijuridicidad –en los que falta totalmente la "desaprobación" jurídica del hecho– se dan otros en que la ausencia de desaprobación se concreta exclusivamente dentro del orden jurídico *penal* y en los cuales media una verdadera renuncia del Estado a imponer pena. En esos casos la falta de desaprobación se apoyaría en una atenuación del disvalor de lo ilícito, por lo cual la exclusión de la responsabilidad en ellos se produce por un "procedimiento generalizador" (no individualizado, como ocurre en la culpabilidad), que tiene vigencia "aunque el autor haya podido comportarse de otra manera", con lo que, mientras en el elemento *atribuibilidad* se tomaría en consideración la "capacidad media", en la culpabilidad sólo estaría en juego la concreta capacidad individual del autor del hecho. Por lo tanto, a la categoría de situaciones negativas de atribuibilidad pertenecerían el estado de necesidad no justificante (por colisión de bienes de igual jerarquía), el exceso en la justificación y el miedo insuperable –nuestras amenazas del art. 34, inc. 2°, C.P., también lo estarían–, a lo cual, para algunos, agregaríanse las excusas absolutorias; y quedarían como propios supuestos de inculpabilidad los de inimputabilidad y el error. La consecuencia de la falta de atribuibilidad derivaría, básicamente, de la circunstancia que la no imposición de pena en esos supuestos tornaría inútil el examen

de la culpabilidad; si ellas se dan respecto de un inimputable, éste no podría ser "gravado" con una medida de seguridad, y el cómplice del autor de un hecho no atribuible podría llegar a no ser punible aunque fuese culpable (sobre el tema pueden verse exposiciones de Jiménez de Asúa, Maurach y últimamente la del *Manual* de Bacigalupo).

Las consecuencias de esta tesis, algunas de las cuales acabamos de exponer, plantean soluciones tan drásticamente alejadas de las que consideramos finalidades del derecho penal, que no dejan de alertarnos sobre su viabilidad; piénsese, por ejemplo, en el cómplice sin miedo del autor con miedo. Creemos que no se han alcanzado a superar las críticas fundamentales que a ella se le han formulado: que desde el punto de vista de las valoraciones del derecho, las situaciones de no atribuibilidad no son diferenciables de las de inculpabilidad y que el derecho penal siempre opera con criterios generalizadores, aunque se los vierta sobre un concreto autor.

Bien miradas las cosas, la inserción de la *atribuibilidad* entre la antijuridicidad y la culpabilidad es un intento por llevar a su máxima expresión el carácter individual de la última, quitándole todo factor estandarizado. La crítica de Jeschek de que, al fin, toda la teoría jurídica del delito se levanta sobre estándares, nos parece válida.

2) El concepto de culpabilidad

§ 237. ***Psicologismo, normativismo y finalismo. Nuevos conceptos de culpabilidad.*** – Según lo hemos adelantado ya, en la evolución de la teoría del delito desde fines del siglo pasado para aquí, se distinguen tres corrientes doctrinarias principales sobre el contenido de la teoría de la culpabilidad.

Se la concibió como pura actitud anímica del autor, en cuanto relación psíquica de él con su hecho. Éste fue el concepto del denominado *psicologismo*, que reducía la teoría –en su aspecto positivo– al examen del dolo y la culpa (aunque nos parece que es muy difícil encontrar en los tratadistas un tal psicologismo en estado puro). Se la concibió como actitud anímica reprochable: el núcleo de la culpabilidad pasó a asentarse sobre el juicio de reproche, que, sobre la base de la preevaluación del orden jurídico (general y penal) se le puede formular al autor que haya actuado con dolo o con culpa; dicho juicio requería tener presentes elementos distintos del dolo y la culpa

(exigibilidad de la conducta a la norma-mandato en las circunstancias en que la acción se realiza); ésa es la idea del llamado *normativismo*. Por su parte el *finalismo*, al remitir la elaboración del dolo y la culpa como relación psíquica del autor con su hecho al tipo (tipo subjetivo), deja en la culpabilidad exclusivamente el juicio de reproche; la culpabilidad *es el juicio de reproche*.

Últimamente –para algunos como apertura hacia un nuevo derecho penal– se trata de superar todos esos criterios; los nuevos, aunque son bastante dispares, parecen encontrar su punto de partida en la idea de la culpabilidad como *juicio de necesidad* de imposición de la pena, realizado con miras a las finalidades de prevención general y especial de ésta. No es raro que esta tendencia quiera dejar de lado hasta la expresión misma de "culpabilidad", para proponer otras designaciones (como "responsabilidad" –Roxin–). Para nosotros la culpabilidad representa un juicio (de reproche jurídico) que se formula sobre un objeto (la relación psíquica del autor con su hecho); ambos aspectos integran su teoría; de ahí que podamos conceptualizarla, indistintamente, como el *estado anímico del autor con referencia a su hecho, sobre el que se formula el juicio de reproche jurídico*, o como el *juicio de reproche que se formula sobre dicho estado anímico*, aunque preferimos la primera conceptualización, por indicar con mayor precisión el contenido de la teoría. Sin dejar de aceptar otros avances que el finalismo aportó, creemos que dicho concepto y tal contenido son los que mejor se adecuan al *derecho penal argentino*, como lo iremos explicando en las exposiciones que siguen.

§ 238. ***Caminos emprendidos hacia los nuevos conceptos de culpabilidad.*** – El criterio de que la culpabilidad es normativa significa en realidad que implica un juicio de valor llevado a cabo en base a las exigencias del derecho: la conducta observante del mandato es jurídicamente exigida por el derecho al individuo hasta cierto punto, más allá del cual "disculpa" la que no lo observa. Este criterio también ha sido empleado dentro del psicologismo (por eso decimos que es muy difícil encontrar un "psicologismo puro") y es común al normativismo y al finalismo, aunque con relación a él últimamente se insiste en diferencias de matices entre una y otra corriente. Se dice, en ese orden, que el concepto de culpabilidad finalista "no es un concepto normativo en el sentido de Frank y Goldschmidt" (Bacigalupo), sino que, en aquél, el juicio de reproche se apoya sobre la capacidad del sujeto de "motivarse por la norma"; el sujeto será culpable si pudo "obrar de otra manera"; en

realidad, tampoco para el finalismo basta con esto, sino que en él también la posibilidad de obrar de otra manera se refiere a lo que el derecho exige, a la posibilidad dentro de los límites jurídicos, porque si algo ha quedado en claro en las investigaciones sobre el tema, es que en muchas de las situaciones de inculpabilidad el sujeto sigue poseyendo la capacidad de obrar de acuerdo con el mandato, y lo que ocurre es que el derecho no le reprocha el obrar contrario. Precisamente esa consideración es la que lleva a Kaufmann a afirmar que, en realidad, las llamadas causas de inculpabilidad son "causas generales de no formulación del reproche de culpabilidad", con lo cual, además de colocarse ante el peligro de tornar a un concepto más puramente psicologista de culpabilidad, distinguiéndolo del juicio de reproche, no se tiene presente que dicho juicio no significa la constatación de una situación de incapacidad de obrar de otra manera, sino simplemente la de una valoración jurídica de la reprochabilidad sobre el obrar.

Y ha sido extremando estos conceptos (por eso Zaffaroni lo acusa de lo que para él es pecado de idealismo) como Roxin concluye en que el problema de la culpabilidad es un problema de *merecimiento* de la pena según las finalidades de ella, lo cual dependerá de un examen de *política criminal*; de ese modo la culpabilidad deja de aparecer como un fundamento de la pena para pasar a cumplir una función limitadora de ella (quien haya obrado típica y antijurídicamente, pudiendo estar motivado por el mandato, podrá no merecer pena si en el caso ella no cumpliera las finalidades de prevención). Se ha criticado esta tesis afirmando que no otorga a la cuestión contornos precisos, porque toda la teoría del delito pretende responder al interrogante sobre el merecimiento de la pena (Bacigalupo) y que invertiría los términos de los objetivos de dicha teoría que procura ver si hay delito para determinar si se aplica pena, en tanto que para Roxin se tratará de determinar si se merece pena para establecer si hay delito (Zaffaroni). En verdad la idea de Roxin no implica una eliminación del concepto de culpabilidad y su total sustitución por un concepto de responsabilidad como merecimiento de la pena; ambos conceptos seguirían coexistiendo, aunque la responsabilidad fundaría la pena y la culpabilidad sólo la limitaría: al culpable podrá no imponérsele pena, pero al no culpable no se le podrá imponer pena. Pero hay doctrinarios que proponen una sustitución (eliminación) del concepto de culpabilidad porque hasta la función de limitación que aquélla cumple, según Roxin, se la asignan a la *necesidad de la pena* en el caso concreto: la culpabilidad es un "prejuicio" que debe ser "desenmascarado", pero sin dejar de respetar "la dignidad humana y el derecho penal liberal del Estado de derecho": es el conflicto que nos plantea Gimbernat Ordeig, postura extrema que controvierten quienes

–más cerca del pensamiento de Roxin– consideran que la necesidad de la pena es un criterio agregado al de culpabilidad, que opera como "una nueva garantía de limitación" (Córdoba Roda).

Todas estas direcciones se relacionan con las críticas a las fundamentaciones librearbitristas (en cuanto realidad no constatable). Las corrientes críticas (básicamente de la criminología crítica o cercanas a ella) se presentan como superadoras de la polarización libre arbitrio-determinismo, porque el uno reprochando y el otro distinguiendo entre normales y anormales, "son marcadamente individualistas y estigmatizadoras", pero mientras unos insisten en la necesidad de la pena según exigencias sociales (parece la posición de Bergalli), otros subrayan lo imprescindible de un aspecto ó elemento cognoscitivo y garantizador, colocado al lado de la antijuridicidad y la tipicidad –función tradicionalmente cumplida por la culpabilidad–, que, como presupuesto de la pena, no puede ser sustituido por los fines de ella. Pero ese aspecto no puede ser considerado a nivel puramente individual, sino a nivel del *individuo en sociedad*, que considera al hombre "como actor que toma conciencia de su papel", y ésta es la base de la teoría de la culpabilidad-responsabilidad: "implica que el hombre es *actor*... desempeña un papel y, por tanto, alcanza conciencia de él... pero su conciencia está determinada (por la relación social) y específicamente por los controles sociales ejercidos sobre ella... esa conciencia *está dada socialmente y por eso responde la sociedad toda*" (Bustos Ramírez).

En verdad, esta última afirmación venía formulándose ya antes que las corrientes críticas aparecieran en el horizonte de la doctrina penal, aunque con criterio menos genérico, por medio de lo que se dio en llamar *co-culpabilidad*, refiriéndolo a sujetos con un ámbito de autodeterminación reducido en razón de causas sociales, concluyéndose en que "no será posible poner en la cuenta del sujeto estas causas sociales y cargarle con ellas a la hora del reproche" (Zaffaroni). En cuanto a lo primero, es decir que la culpabilidad como presupuesto de la pena tiene que examinarse a nivel del individuo en sociedad, no sólo es la base común de todo el derecho, sino que es el sentido del concepto normativo de la culpabilidad, que contempla al individuo en sociedad, pero en la sociedad según la considera el derecho. No es exactamente lo mismo, es verdad, pero la inserción de la culpabilidad en el orden socio-jurídico para formular el juicio de reproche, no ha sido una dimensión desconocida en las tesis más tradicionales.

En tren de resumir estos nuevos conceptos de culpabilidad que procuran superar su característica de individualismo en su definición –hasta ahora corriente–, es menester subrayar que ellos surgen tanto del debate sobre la aceptación del libre arbitrio, como del equívoco de pensar en una culpabilidad que conduce ineluctablemente a la pena. En aquello se desconoce el ca-

rácter negativo de la teoría de la culpabilidad (Jeschek); lo otro es un franco error. En la teoría de la culpabilidad siempre se miró el hecho desde adentro del autor; estos nuevos criterios pretenden mirar a la culpabilidad desde afuera, es decir, desde el hecho, con lo que, sin duda, tendrá que dejar de ser culpabilidad.

Se nota en las nuevas corrientes doctrinarias la declarada intención de convertir la responsabilidad personal en una suerte de responsabilidad social, no porque la sociedad responda, sino porque el hombre tiene que responder según el criterio social de responsabilidad. Schünemann ha señalado cómo la doctrina ha ido caminando hacia una "normativización" que va dejando de lado la consideración del concreto autor; en ese avance se acude a un concepto de "hombre medio", que es un concepto procesal (formal) válido para medir su responsabilidad (Hassemer).

3) Objeto del juicio de reproche (el "material" de la culpabilidad)

§ 239. ***Comprensión y dirección de la acción.*** – La actitud o situación anímica que puede ser jurídicamente reprochada, normalmente se designa como corroboración –constatación– de un determinado conocimiento, que importa una comprensión por parte del autor: *comprensión de lo que se hace* y de la posibilidad de *dirigir su acción de acuerdo con dicha comprensión*, en la concreta situación fáctica en que aquélla fue llevada a cabo. En nuestro derecho, estas enunciaciones positivas se infieren de una disposición negativa, la del art. 34, inc. 1°, C.P., que descarta el reconocimiento de la culpabilidad en el autor que, en el caso, no haya podido "comprender la criminalidad del acto" o "dirigir sus acciones".

§ 240. ***Comprensión de la "criminalidad".*** – En cuanto a lo primero, llegó a ser mayoritaria la doctrina que afirma que con la expresión "comprensión de la criminalidad" el derecho requiere que el autor haya conocido lo que hizo *en cuanto antijurídico*; en este aspecto, pues, la culpabilidad aparecería como *conocimiento –comprensión– de la antijuridicidad*, aunque, en su momento, se discutió el contenido de ese conocimiento (que se violaba el mandato, que se asumía una conducta "antisocial", que la conducta se adecuaba a las "formas" típicas).

Últimamente parte de la doctrina considera que se trata de la comprensión o conocimiento de la *punibilidad* del hecho, lo

cual, sin duda, plantea mayores exigencias, y puede producir algunas dificultades, sobre todo para distinguir el funcionamiento de la culpabilidad en los delitos dolosos y en los delitos culposos; sin embargo, hemos de ver más adelante que, en algunos aspectos o con relación a determinados supuestos, la "comprensión de la criminalidad" requerirá, indispensablemente, el concreto conocimiento de la punibilidad, pues sólo así podremos construir coherentemente la *teoría del error* como negación de la culpabilidad.

En virtud de nuestro concepto de tipo, cuando hacemos referencia al conocimiento de la antijuridicidad nos referimos a que el autor tiene que saber lo que hace dentro de los límites determinados por el tipo (incluidos los límites de la misma antijuridicidad) o en los complementos procedentes del ordenamiento jurídico, en los casos de "tipos abiertos", aunque en la mayor parte de los casos no se requiere que conozca que ese hecho es penalmente castigado (Núñez).

Trabajando con un tipo específico o sistemático, esta idea coincide con la de la doctrina que ve en la fórmula "criminalidad del acto" una alusión "a los elementos o circunstancias que fundamentan la caracterización de un hecho como penalmente antijurídico", "con lo que el concepto se conecta no sólo con el tipo, sino también con la antijuridicidad" (Núñez), o que "criminalidad" es una expresión sintética, "que se refiere tanto al conocimiento de las circunstancias del tipo objetivo como al conocimiento de la antijuridicidad".

Pero ya hemos hecho notar que actualmente se da una corriente que no se conforma con esos límites del conocimiento del autor, sino que reclama el conocimiento de la *punibilidad*, es decir, que haya tenido posibilidad de conocer que se trata de un hecho amenazado con pena; por tanto, el error que recaiga sobre tal circunstancia también funcionará como excluyente de la culpabilidad, aunque aquél no implique el conocimiento "de la gravedad de la amenaza" (cuantía de la pena) (Bacigalupo). Según lo adelantamos, hemos de ver que esta tesis puede llegar a ser la más justa en determinados supuestos.

Para algunos (Zaffaroni), el término "comprensión" que emplea nuestra ley no equivale a conocimiento; lo presupone, pero significa algo más: "introyectar" o "internalizar" la norma, es decir haberla "hecho parte de nuestro propio equipo psicológico". Hay sujetos que por circunstancias personales o sociales tendrán graves dificultades para recepcionar el mandato en su ser psicológico; en consecuencia, "cuanto mayor sea el esfuerzo para in-

ternalizar la norma, tanto menor será la reprochabilidad de la conducta y viceversa". Aunque estas afirmaciones puedan emplearse con fruto en la teoría del error en casos particulares o sirvan para la individualización de la pena dentro de las pautas legales (art. 41, C.P.), nos parece difícil generalizarlas para fundar en ellas el instituto de la culpabilidad, aunque sería imprudente en esta obra detenernos en ese debate.

Puesto que para nosotros la culpabilidad –al menos la dolosa– requiere una prueba positiva, como cualquier otro elemento del delito, no compartimos estrictamente la tesis (aunque la terminología no sea inexacta para referir la regla) –evidentemente mayoritaria en la doctrina actual– que se conforma con una *posibilidad –en sentido estricto– de conocimiento o comprensión*, puesto que ella puede menoscabar aquella garantía (no es lo mismo probar que el sujeto comprendió, que probar que tuvo la posibilidad de comprender). El apoyo de dicha tesis en las palabras de la ley (art. 34, inc. 1°, C.P.) no es un argumento definitivo: en primer lugar, una cosa es lo que deducimos de la regulación y otra lo que es la regulación (en la especie se trata de la inimputabilidad), y, en segundo lugar, cuando la ley dice "el que no haya podido", no dice "el que no haya tenido la posibilidad". La circunstancia de que la prueba de la concreta comprensión sea compleja y de características especiales, nada dice contra esa conclusión. Otra cosa es que el conocimiento sea "cierto" o "dudoso", porque este último se compagina incluso con situaciones de dolo.

§ 241. ***Posibilidad de dirigir las acciones.*** – En cuanto a la posibilidad de dirigir las acciones, la exigencia toma en cuenta las situaciones en que el autor, pese a comprender lo antijurídico de su actuar, o no pudo actuar de otro modo por carecer de capacidad personal para hacerlo (casos de inimputabilidad), o el derecho no lo obliga a actuar de otro modo porque ello importaría forzarlo a adoptar una conducta excepcional para el normal actuar del hombre en su inserción social (no exigibilidad –jurídica– de otra conducta).

Reconocemos que el pensamiento tradicional –y la tesis sigue siendo mayoritaria en la doctrina actual– reduce la cuestión al tema de la imputabilidad, o sea, contempla la situación sólo en aquellos casos en que hay un desfasaje entre la comprensión del acto y el gobierno de la conducta respecto de dicha comprensión (Núñez), en virtud de los límites de las capacidades del sujeto (ver Bacigalupo). Nosotros contemplamos también la cuestión de la exigibilidad jurídica porque, aunque no dependiendo de la

"capacidad mental" del sujeto, también en ella puede darse una incoordinación entre lo que el sujeto sabe que tiene que hacer y lo que hace, que el derecho no reprocha.

Pensamos que sólo con esa integración queda completo el panorama "anímico" sobre el que se formula el juicio de reproche como constituyente de la culpabilidad.

§ 242. *Dolo.* – Estudiemos ahora cómo puede conformarse la situación anímica del autor precedentemente especificada y sobre la que se va a emitir el juicio de reprochabilidad.

La primera forma –que constituye la de la mayor parte de los delitos comprendidos en los elencos penales–, es la del *dolo*. En general se lo puede conceptualizar como la *voluntad del autor de realizar la conducta típicamente antijurídica*; en otras palabras, obra dolosamente el autor que quiere violar el mandato actuando según las "formas" del tipo; por ejemplo, quiere violar el mandato "no matarás", matando en los términos del art. 79, C.P.; quiere violar el mandato que prohíbe perjudicar la propiedad ajena "defraudando" en los términos del art. 172 y ss., C.P., etcétera. En la doctrina se suele describir el dolo como el "querer el resultado", lo que, si bien no es inexacto, es menester aclarar que, en ese concepto, resultado equivale a manifestación de voluntad en cuanto repercusión exterior de la conducta y no en sentido propio o restringido.

Sabemos que el finalismo examina el dolo en el tipo subjetivo y para ello construye un concepto de dolo natural o avalorado, que es la *voluntad realizadora del tipo objetivo*, sin referencia alguna a la antijuridicidad. Trataríase de un dolo "libre de todo reproche" (Zaffaroni), en tanto que el dolo elaborado en la culpabilidad sería el "dolo malo", desvalorado por medio de la referencia a la antijuridicidad, que se presenta como "la posición sostenida por los causalistas, que sitúan por eso mismo el dolo en la culpabilidad" (Bustos Ramírez). A este respecto hemos dicho ya algo al hablar del tipo; por un lado hemos visto que, en realidad, la culpabilidad –en cuanto concepto procedente del ordenamiento jurídico– está también delimitada en el tipo; por el otro, si la antijuridicidad proviene asimismo del ordenamiento jurídico y está también delimitada por el tipo, pensamos que ni siquiera encerrando el examen del dolo en la teoría del tipo, se puede aceptar que ese dolo sea "desvalorado".

Por otra parte, el juicio de reproche versa sobre el dolo, pero la desvalorización del dolo no depende exclusivamente de

él, sino del nivel individual del concreto autor en la concreta situación en que actuó, lo que es otra cosa. Pensar en un dolo avalorado es, en realidad, desconocer el principio de la unidad de la antijuridicidad, en sus verdaderos sentido y extensión. No deja por tanto de pisar un terreno más firme Gallas cuando, desde la misma óptica de una estructura finalista, asigna al dolo la doble función de configurar el tipo subjetivo y aparecer como "forma" de la culpabilidad.

a) *Concepto legal de dolo.* El concepto de dolo que hemos dado lo infiere la doctrina argentina predominante de los requisitos negativos que surgen de la reglamentación del art. 34, inc. 1°, C.P. (Núñez, Herrera, etcétera). El finalismo argentino, por el contrario, en su búsqueda de la afirmación de un dolo desvalorado, recurre a otras pautas legales: el art. 42, C.P., que regula la tentativa sería el que nos daría el concepto legal de dolo, sin relación con la antijuridicidad; el art. 35, C.P., que regula el exceso, nos demostraría que el dolo puede existir aunque se dé un error sobre la antijuridicidad y que, por tanto, tiene que tratárselo como dolo desvalorado en el tipo.

Por nuestra parte, mantenemos el concepto tradicional, básicamente porque no aceptamos el criterio del dolo natural, y no nos convencen los argumentos aducidos para dar una base legal distinta a dicho concepto.

El concepto de dolo inferido en el derecho argentino del art. 34, inc. 1°, C.P., toma en cuenta que él requiere para la punibilidad comprender la criminalidad del acto –cuya comprensión abarca la antijuridicidad– y que admite que dicha comprensión está ausente en los casos de error o ignorancia, no sólo en los casos de "incapacidad" (inimputabilidad): el que no sabe que hace lo antijurídico, no actúa dolosamente; se está, pues, muy lejos de un dolo desvalorado.

Zaffaroni rechaza esta argumentación, porque si la imposibilidad de comprensión de la criminalidad fuese falta de dolo, no quedaría comprendida en aquella fórmula el concepto de culpabilidad para los delitos culposos; pues, según eso, el conocimiento tendría que ser efectivo y no potencial, con lo cual quedarían fuera los casos de dolo eventual, y en todo caso el dolo se delinearía a través de un concepto formado con elementos heterogéneos: el efectivo conocimiento y la posibilidad de conocimiento. Con respecto a esto último, ya hemos dicho algo anteriormente y podemos agregar que también el dolo eventual requiere el conocimiento de la antijuridicidad aunque el autor carezca de seguri-

dad si va a actuar o no de acuerdo con las formas del tipo; en cuanto a la cuestión de la culpa, ya hemos visto que ella también queda comprendida en el concepto de culpabilidad que hemos dado aunque en ella el conocimiento de la antijuridicidad tenga que ser referida a los "*complementos*" prepenales del tipo; fenómeno común a todos los tipos abiertos.

La búsqueda de un concepto legal "avalorado" de dolo, lleva a Zaffaroni a encontrarlo en el art. 42, C.P., según el cual actuaría dolosamente el que lo hiciera con el "fin de cometer un delito determinado"; la expresión delito tendría aquí el significado de tipo sistemático o en sentido estricto, por lo cual se trataría de un dolo natural, todavía no relacionado con la antijuridicidad. Ya veremos que esta distinta sede legal del concepto de dolo, que se hace depender de una limitación evidentemente teórica de la expresión "delito", produce consecuencias dogmáticas importantes, no siendo la menor de ellas la aceptación del dolo eventual en la tentativa. Para nosotros tal restricción del significado de la voz "delito" (de "tipo sistemático") es arbitraria y, por consiguiente, se constituye en un modo artificial de establecer distinciones. Otros autores (Bacigalupo, Giménez), considerando que el art. 35, C.P. –que regula el exceso en las situaciones de justificación– es una regla referente al error sobre la antijuridicidad, advierten que, de ese modo se demuestra que la justificación no excluye el dolo, con lo cual el concepto de éste es avalorado y tiene que construirse en el tipo. Ninguna duda hay de que la justificación no excluye el dolo, pero porque "pre-excluye" su consideración para el reproche.

En esta materia, con relación a la doctrina predominantemente de inspiración germánica, es bueno tener presente lo que advierte Núñez, de que nuestro art. 34, inc. 1°, regula conjuntamente la "capacidad delictiva" (imputabilidad) y la teoría del dolo, mediante sus referencias al error, mientras que en el derecho alemán ambas regulaciones aparecían separadas y distintas.

b) *Elementos cognoscitivo y volitivo del dolo.* Del concepto general de culpabilidad y específico de dolo que acabamos de dar se infiere que el *elemento cognoscitivo* de éste radica en el conocimiento de la antijuridicidad según las formas del tipo (de la antijuridicidad típica) y su *elemento volitivo* en la libre aceptación de la realización de la acción antijurídicamente típica (casi es innecesario advertir que sostenemos el libre albedrío como presupuesto genérico de la pena).

Ya hemos hecho notar que si bien en gran parte de los casos el conocimiento de la típica antijuridicidad no reclama el

de la punibilidad típica, habría excepciones en aquellos en que el autor puede actuar creyendo que lo hace antijurídica, pero impunemente, o sea, en aquellos en que el tipo requiere factores especiales para la procedencia de la pena (como la inexistencia de excusas absolutorias). Esta opinión, que no es corriente en nuestra doctrina, la desarrollaremos al tratar la teoría del error.

> Por supuesto que dentro de una estructura finalista del tipo, elaborándose un tipo subjetivo con un concepto de dolo natural avalorado, es inaceptable en todos los casos la exigencia del conocimiento de la punibilidad, aun para aquellos que integran el concepto de culpabilidad con él (ver Bacigalupo).

El elemento cognoscitivo tiene necesariamente que comprender todos los factores con que el tipo configura la antijuridicidad que ha seleccionado para la pena, incluso los de carácter negativo (p.ej., falta de consentimiento de la víctima en la violación, art. 119, inc. 3º, C.P. –ejemplo de Zaffaroni–) y, en su caso, haber tenido presente el resultado como una consecuencia de su actuar (previsión querida del curso causal). Cuando el tipo contenga referencias a elementos normativos de carácter ético-sociológico, el conocimiento habrá de abarcarlos (no actuaría con dolo en un hecho de estupro el que creyera yacer con una prostituta menor de quince años, es decir con mujer que no fuera honesta, art. 120, Cód. Penal).

Si se trata de elementos normativos de carácter jurídico, sostiene la doctrina que no es necesario un conocimiento técnico, sino que basta con el "conocimiento paralelo en la esfera del lego o profano".

c) *Dolo directo*. En cuanto a las características del elemento volitivo, el dolo puede presentar distintas intensidades, que representan diferentes formas de su manifestación. En el ápice de intensidad, tenemos el *dolo directo*, que es aquel en el cual el autor quiere la típica violación del mandato y hacia ella endereza su conducta (quiere el resultado o la actividad con la que consuma el delito); quiere matar, defraudar, apoderarse de la cosa ajena, etcétera.

Normalmente la decisión volitiva viene acondicionada por un conocimiento cierto de las circunstancias del tipo, pero en

no pocos casos la duda sobre la existencia de algunas de ellas equivaldrá a su conocimiento (quien dudando sobre si se apodera de la cosa ajena o de la propia, decide igualmente apoderarse de ella, actúa con dolo directo respecto del hurto –art. 162, C.P.–; quien dudando si la mujer que le presta su consentimiento para ser accedida es mayor o menor de quince años, la accede, actúa con dolo directo respecto del estupro –art. 120, Cód. Penal–). Por no haberse determinado con claridad que la distinción entre dolo directo y dolo eventual depende de la intensidad del elemento volitivo y no de la precisión del elemento cognoscitivo, se han planteado esos supuestos de duda como de dolo eventual.

El hecho de que el autor dude sobre determinadas circunstancias del tipo no significa por otra parte que se trate de un conocimiento potencial, que al fin puede llegar a ser un no conocimiento, que no es propio del dolo (Zaffaroni) ni, para nosotros, tampoco de la culpa.

Pero es interesante (porque al fin repercutirá en la práctica sobre los problemas probatorios que son complejísimos) dar cuenta de las precisiones alcanzadas en la doctrina penal sobre la *actualidad* del conocimiento.

En el aspecto volitivo la dirección de la acción con contenido de dolo requiere un conocimiento *actual*, entendiéndose por tal el que se produce por la expresa focalización de la conciencia en el objeto (Zaffaroni), aquello en lo que pensamos o a lo que atendemos. Pero puede ocurrir que el cuadro del dolo se integre con los que se denominan conocimientos *actualizables* (supuesto de *co-conciencia*), que son aquellos que inescindiblemente se unen a otros conocimientos actuales, es decir, sobre aquello en lo que pensamos, por cuya razón necesariamente los co-pensamos y, en consecuencia, co-queremos (Zaffaroni) la acción con las características que surgen del elemento co-pensado, aunque ellos sólo caigan en el cono de luz de la atención de manera secundaria (Bacigalupo), como acompañantes necesarios del conocimiento actual (alguna doctrina habla de "inconsciente dominado" –Bustos Ramírez–). Se pone el ejemplo del estupro, para ilustrar la co-conciencia: en él, para el dolo bastaría con que el autor tuviera conocimiento de que accede a una mujer con su consentimiento, aunque no esté pensando expresamente en su edad (Zaffaroni). Ese ejemplo para nosotros no es del todo claro, o al menos puede ofrecer dudas, pero creemos que hay otros más ilustrativos: por ejemplo, el autor de la sustracción de un documento que está en el archivo de una repartición pública, no ne-

cesita pensar expresamente en que el mismo es una prueba con interés para el servicio público, pero no puede dejar de co-pensar en dicha circunstancia y por tanto actúa con dolo según el art. 255, Cód. Penal.

d) *Dolo indirecto o necesario.* Es aquel en el cual el autor, dirigiendo su acción hacia una determinada violación típica del mandato, conoce que, al realizarla, necesariamente producirá otros hechos antijurídicamente típicos; en otras palabras, el autor, queriendo un resultado típico que procura por determinados modos o medios, sabe que éstos determinarán, necesariamente, la producción de otros resultados típicos, con lo cual también quiere estos últimos: quiere matar a Juan dinamitando su casa, sabiendo que con ello consumará la explosión castigada como delito contra la seguridad común por el art. 186, C.P.; quiere matar a Alicia, colocando un explosivo en la aeronave en que viaja, sabiendo que con ello necesariamente producirá la muerte de los otros pasajeros. En realidad es un dolo que en el aspecto volitivo tiene la misma naturaleza que el anterior, sólo que se trata de un querer por extensión apoyado en el conocimiento de la influencia del proceso causal en el mundo exterior.

Por ello, es sin duda preferible la nomenclatura de la doctrina más moderna, que se refiere al *dolo directo*, como denominación común, dentro del cual se distingue el *dolo directo de primer grado*, en el que se da un resultado como fin directamente querido, y un *dolo directo de segundo grado* o *dolo de consecuencia necesaria*, donde el resultado es querido como consecuencia necesaria del procedimiento elegido para lograr otra finalidad primariamente perseguida (ver Zaffaroni).

e) *Dolo eventual.* La característica del dolo sí es distinta en el llamado *dolo eventual*, en el que el autor prevé que la acción que va a realizar puede resultar típicamente antijurídica y, aunque su voluntad no está directamente dirigida a realizarla con ese carácter, acepta que ella se produzca con tal adecuación o, dicho de otra manera, el autor prevé el resultado típico como una de las consecuencias de su acción y acepta que él se produzca; la consideración de la probabilidad del resultado típico no detiene su acción: quiere disparar su escopeta sobre la bandada de patos que vuela a ras del agua en dirección a donde

se encuentra apostado un compañero de cacería, sabiendo que puede herirlo, pero prefiere probar puntería aceptando que se produzca aquel resultado. En verdad, como se ve, el carácter del dolo eventual se apoya sobre una particular conformación de ambos elementos del dolo, pero veremos que es en el volitivo, en el que se separa de la llamada *culpa consciente o con representación*.

Aunque todos están de acuerdo en que el dolo eventual sólo se puede considerar a partir de la posibilidad de la realización de la acción como típica, prevista por el autor, ya que dicho elemento es común a la culpa con representación, se trata de determinar qué otro requisito se necesita para alcanzar el dolo eventual; para unos bastaría que la posibilidad se representase en el autor como probable, es decir como posibilidad de normal ocurrencia; para otros se requerirá que el autor haya actuado con indiferencia ante la posibilidad de lesionar el bien jurídico; la tesis que ha terminado por imponerse es la de la aceptación o conformidad con la realización del tipo (producción del resultado), que distingue mejor que la primera los casos de dolo eventual de los de culpa consciente y obvia los difíciles problemas de pruebas de la segunda (ver Bacigalupo).

Las corrientes críticas de los últimos tiempos han puesto en entredicho el dolo eventual, sosteniendo que, en realidad, las hipótesis que se tratan como tales son hipótesis de culpa (porque el autor no se dirige a la afectación del bien jurídico), que si bien presentan "mayor intensidad criminal" no por eso cambian su naturaleza, aunque ello justificaría una acentuación de la pena respecto de los casos comunes de culpa. La consecuencia de este modo de ver las cosas, es que el dolo eventual es impensable en los mismos casos en que es impensable un determinado delito como culposo (Bustos Ramírez). Sin embargo, como veremos en el apartado siguiente, a la misma conclusión llegamos sin necesidad de basarnos en una simbiosis entre el dolo eventual y la culpa.

También se advierte, en la doctrina de los últimos tiempos, una tendencia sobre la cual ya hemos puesto en guardia al lector: la de tratar los casos de duda sobre la existencia de algunas de las características típicas de la acción como casos de dolo eventual, aduciendo que en esos casos el autor actúa aceptando la posibilidad de la existencia de dicha característica (quien penetra en un domicilio desconocido dudando si en él habita o no alguien, comete violación de domicilio con dolo eventual –Zaffaroni–; quien yace con la mujer consentidora dudando si es o no honesta, comete estupro con dolo eventual –Zaffaroni, Bacigalupo–), pero

se trata de una similitud aparente, porque esa duda o certeza es un problema cognoscitivo y la caracterización del dolo eventual es un problema volitivo. Los ejemplos que se aducen son casos de dolo directo insertado sobre un conocimiento dudoso que equivale a un conocimiento cierto en la faz cognoscitiva. La cuestión no tendría gran importancia dogmática si no se hubiesen empleado algunos de estos ejemplos para demostrar que nuestra tentativa admite el dolo eventual, como explicaremos al tratarla.

f) *Delitos que no aceptan el dolo eventual.* Si por regla todos los delitos son susceptibles de ser cometidos con dolo directo o necesario, no todos admiten la forma de culpabilidad del dolo eventual.

En primer lugar, hay acciones típicas que, por definición, no se compaginan más que con el dolo directo (p.ej., quien quiere "estafar" –art. 172, C.P.–, indispensablemente tendrá que querer perjudicar la propiedad ajena mediante un ardid o engaño; los elementos cognoscitivos y volitivos propios del dolo están allí de tal modo imbricados dentro de la acción, que ésta no puede adecuarse a la figura sin el dolo directo).

En segundo lugar, los delitos cuyos tipos contienen elementos normativos que califican la acción recayendo sobre su núcleo (p.ej., privación *ilegítima* de libertad), tampoco admiten el dolo eventual, pues sólo se concibe la acción como una voluntad directamente dirigida en pos de ella en lo que tiene de concretamente antijurídico.

En tercer lugar, los delitos cuyos tipos contienen elementos subjetivos cognoscitivos o ultraintencionales, también serían inconcebibles como cometidos con dolo eventual: en el primer supuesto, porque exigen una duplicidad de direcciones de la voluntad (p.ej., en el homicidio del art. 80, inc. 1°, C.P., se debe querer matar y se debe querer matar al ascendiente, descendiente o cónyuge –Soler–) aunque tenemos dudas sobre esta solución; en el segundo, la voluntad no puede más que dirigirse a la actividad típica principal, como modo de llenarla con el significado de la ultraintención (p.ej., al querer satisfacer un ánimo de lucro con el facilitamiento o la promoción de la prostitución –art. 125, C.P.– ésta no se puede querer como eventualidad; querer ocultar un delito "matando" –art. 80, inc. 7°, C.P.– hace que la muerte tenga que ser directamente querida, etcétera).

De estos dos supuestos el que mayores dudas puede presentar con respecto a la admisión o rechazo del dolo eventual es el que se refiere a los tipos que contienen elementos subjetivos cognoscitivos. Parte de la doctrina niega que en tales casos quede excluido el dolo eventual afirmando que esta calificación no depende exclusivamente del aspecto volitivo (Bacigalupo), lo que para nosotros no es un argumento del todo exacto, según lo que expusimos precedentemente. Nuestras dudas provienen de la circunstancia de que la duplicidad del querer puede conectarse con un querer aceptar el resultado probable, aunque los ejemplos más claros se refieran a voliciones originalmente delictivas constitutivas de dolo directo, p.ej., el que deseando dañar la casa de un hermano dispara un arma contra ella sabiendo que en ella habita su padre a quien puede dar muerte y acepta esta posibilidad, no ha dejado de quererla; parece, pues, que su dolo, aunque eventual sobre tal muerte, llena plenamente la culpabilidad exigida por el tipo agravado del art. 80, inc. 1°, Cód. Penal.

En cuanto a los tipos que contienen elementos subjetivos anímicos, habrá que distinguir: si el elemento de que se trata hace referencia a un *estado de ánimo*, el dolo eventual es admisible, más aún, en ocasiones, como ocurre en el homicidio en estado de emoción violenta (art. 81, inc. 1°, C.P.) prácticamente será muy difícil (excepcional) pensar el delito cometido con dolo directo; pero si se refiere a una *motivación*, lo difícil será llegar a la conclusión de que la acción típica pueda asumirse con dolo eventual, en virtud de que la situación no es distinta de la que se da en los tipos con elementos subjetivos ultraintencionales (p.ej., en una de las calificantes del art. 80, inc. 7°, C.P., el autor tiene que "querer" matar "por no haber logrado el fin propuesto" al intentar otro delito; en el art. 80, inc. 4°, C.P., el autor "quiere" matar por "odio racial o religioso"; las mismas definiciones típicas rechazan un querer para el que sea suficiente la aceptación del resultado no directamente propuesto).

g) *El denominado dolo específico o calificado.* Alguna doctrina (entre nosotros, p.ej., Núñez), tomando en consideración la influencia que sobre la culpabilidad tienen los *elementos subjetivos del tipo*, según lo que acabamos de exponer, habla en esos casos de *dolo calificado o específico*.

No se trata de dar a esa expresión el mismo significado que tenía en la antigua doctrina penal, donde la de *dolo específico*

se empleaba para designar los delitos en los que determinada intención venía a sumarse a las exigencias generales del dolo, para pensar en un "particular" dolo de ese delito (p.ej., en el hurto el dolo tenía que estar formado no sólo por la voluntad de apoderarse de la cosa conocida como ajena, sino que lo componía también el *animus rem sibi habendi*), doctrina totalmente superada en la actualidad. Con todo, y a fin de evitar confusiones, es preferible caracterizar los casos estudiados como lo hemos hecho, es decir, como casos en los que el dolo eventual no es suficiente para llenar la culpabilidad como objeto del juicio de reproche, sin emplear aquella denominación.

h) *El dolo en la omisión.* Según nuestros criterios sobre el dolo, no se dan grandes dificultades para llegar a una equiparación entre los delitos de acción y los casos de omisión propia o impropia, si bien ambos aspectos del dolo denotan particularidades: en el cognoscitivo se requiere el conocimiento de la situación que obliga a actuar y de las particularidades que puede asumir, en todo caso, el curso causal al insertarse en él la omisión; en el volitivo, la voluntad de no realizar la acción impuesta o de permitir la concreción de un resultado que dicha acción hubiese podido impedir.

Pero en la doctrina de los últimos tiempos, sobre todo a partir de la estructuración finalista de la teoría del delito, no han dejado de plantearse dudas y dificultades para reconocer el carácter del dolo en la omisión. La primera objeción es que, como en los delitos de omisión "no hay posibilidad de causalidad y por ello mismo tampoco de dirección final" (Bustos Ramírez), no se puede pensar que en ellos el dolo sea "voluntad final". Desde nuestro punto de vista, lo que hemos dicho al hablar de causalidad en el tema de la acción nos permite dejar de lado tal objeción.

Mas cuando el dolo, elaborado dentro del tipo subjetivo, es concebido como "conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo", ese concepto no se adecua evidentemente a un propuesto *dolo de omitir*. Se concluye entonces en que el dolo de la omisión presenta una estructura propia que lo separa del dolo de la acción, por lo que algunos han preferido llamarlo "cuasi-dolo" (Bacigalupo), el que se asienta preponderantemente sobre el aspecto cognoscitivo (sobre la situación generadora del deber, la posibilidad de realizar la acción, aunque se discute si se necesita la representación de la acción debida o no –Welzel, Kaufmann–, pero no la "consciencia de infringir el deber de acción"), ya que el aspecto volitivo (dada la ausencia de finalidad) se desdibujaría

o a lo sumo se conformaría con "la indiferencia respecto de la producción del resultado" (Bacigalupo).

Sin embargo, dentro de la misma doctrina que pregona la adopción de las estructuras inauguradas por el finalismo, no han faltado opiniones contrarias. Entre nosotros Zaffaroni cree "que se puede hablar de una verdadera finalidad en los tipos omisivos", que "no cambia sustancialmente respecto de los tipos dolosos activos"; "que en la estructura típica omisiva el dolo requiere ciertos conocimientos que le son propios y que para hacer efectiva la finalidad requiere que ponga en funcionamiento otra causación que en sí es penalmente irrelevante... revelan las particularidades que presenta el dolo... pero de todas maneras abarca una actividad final prohibida dirigida a la realización de un tipo objetivo", es la conclusión a que llega.

i) *El dolo frente a las causas de inculpabilidad.* Veremos, al exponer la teoría negativa, que no todas las situaciones de inculpabilidad tienen el mismo efecto sobre el dolo. Mientras el error anula el dolo como entidad anímica del autor (en tal caso no se puede decir que éste haya programado su acción como típicamente antijurídica), al bloquear su faz cognoscitiva, otras, como la coacción, que incide en la faz volitiva recortando la esfera de libertad de aquél, no produce el mismo efecto, sino que deja el dolo desmerecido para poder ser jurídicamente reprochado (el derecho impide que se desvalore la conducta mediante el juicio de reproche). Sin perjuicio de la permanencia de remanentes de culpa cuando lo que se interfiere es el aspecto cognoscitivo.

§ 243. *Culpa.* – La otra forma con que se revela la situación anímica del autor respecto de su hecho es la *culpa*.

En la acción culposa también se aprecia en el autor la voluntad de adoptar una conducta contraria al mandato (de seguridad), pero sin referirla al tipo penal. En otras palabras, se viola el mandato procedente del ordenamiento jurídico, pero sin querer hacerlo por medio de la forma de ataque prevista en el tipo. Es decir, el mandato que se viola no es directamente aquel en que se apoya el tipo para reforzar la protección del bien jurídico, sino otro distinto, aunque relacionado con la seguridad de éste (el art. 84, C.P., que pune el homicidio culposo, también se estructura sobre el "no matarás" del ordenamiento

jurídico, pero el agente no dirige su acción a su violación, sino a mandatos que lo obligan a adoptar conductas de seguridad que han sido impuestas –explícita o implícitamente– por el derecho para restringir las posibilidades de ataque al mismo bien jurídico que aquel otro protege: p.ej., no pasar de una determinada velocidad de marcha, etcétera).

a) *El deber de cuidado.* Como ya lo hemos expuesto, ese mandato es el que determina el *deber de cuidado*, obligando a adoptar conductas cuidadosas o, inversamente, prohibiendo conductas que pueden ser peligrosas para el bien jurídico, y que en esa doble versión aparece muchas veces expresamente determinado en el ordenamiento jurídico (en reglamentaciones sobre actividades determinadas –como puede ser un reglamento de tránsito–, atinentes a profesiones, "*lex artis*", –p.ej., reglamentación de trasplantes de órganos–, etcétera).

Pero muchas veces la antijuridicidad de una específica conducta no está de tal modo circunstanciada en el ordenamiento jurídico; entonces habrá que buscarla empleando parámetros de "normalidad" social de las conductas que se observan dentro de la actividad de que se trate.

Se nota, entonces, que si comúnmente –salvo excepciones a las que ya nos hemos referido– en los casos de delitos dolosos no es imprescindible un particular examen del aspecto positivo de la antijuridicidad, bastando, en principio, la referencia del tipo (el homicidio doloso, como violación voluntaria del mandato, es ya en sí una conducta antijurídica salvo situaciones determinadas), dicho examen es siempre indispensable en el delito culposo: el juez tendrá que apreciar, en cada caso, si de acuerdo con los reglamentos jurídicos o las reglas "de normalidad", la conducta precedente del autor que originó el peligro cuyo desarrollo terminó concretando el resultado típicamente previsto, realmente ha desconocido el deber de cuidado (por eso, como vimos, los tipos culposos quedan comprendidos entre los "abiertos") que a él personalmente le incumbía.

b) *Determinación del deber de cuidado.* La circunstancia de que en un mayoritario número de casos el deber de cuidado no pueda determinarse acudiendo a las reglamentaciones jurídicas, ha suscitado no pocas dudas y debates en torno de la cuestión.

En realidad el debate más intenso se formula hoy sobre la posibilidad de incluir o no en la determinación del deber de cuidado la consideración de las capacidades y conocimientos especiales del concreto autor. Sabemos que el deber de cuidado no es genérico sino que tiene que estar referido a la específica conducta que observa el autor; pero en la esfera de la actividad social a que pertenece dicha conducta no todos los autores tienen los mismos conocimientos y, por ende, las mismas capacidades (el técnico en radiactividad sabe mucho más que el ordenanza de laboratorio sobre los cuidados en el manejo de los productos radiactivos; el campeón de "fórmula 1" sabe mucho más sobre los cuidados en la conducción de un autómovil que el abogado que conduce su automóvil para llegar a los tribunales –ejemplos de Bacigalupo–, etcétera).

La tendencia de la *determinación objetiva* niega que para la configuración del deber de cuidado haya que atender a la particular capacidad del autor, aunque admite que los particulares conocimientos pueden ampliar el deber de cuidado; la tendencia a la *determinación individual* hace ingresar en la configuración del deber de cuidado las capacidades y conocimientos del concreto autor (en casos en que el deber de cuidado no existe para el ordenanza, puede existir para el sabio técnico) (sobre el tema, ver Bacigalupo). Esta última doctrina nos parece más adecuada, desde un punto de vista teórico, por las exigencias de previsibilidad consustanciales a la culpa y, dogmáticamente, por la interpretación de lo que significa la *impericia* expresamente prevista por nuestra ley penal como caso de conducta desconocedora del deber de cuidado.

En consecuencia, cuando hablamos de "normalidad" social de la conducta, no partimos de un concepto genérico aplicable a un término medio de individuos (como puede ser el del "buen padre de familia" del derecho civil), sino de un concepto especificado sobre lo que es "normal" para el concreto autor en la concreta situación en que actuó (Zaffaroni).

c) *El riesgo permitido*. Hay una serie de actividades de la vida en sociedad cuyo desarrollo implica riesgos para los bienes jurídicos y que, sin embargo, son toleradas o hasta impulsadas por el derecho, porque son útiles o necesarias para dicha vida y su progreso (el tráfico automotor, la producción de explosivos, la instalación de industrias con desechos tóxicos, etcétera).

Se dice que esas actividades constituyen un riesgo permitido que restringe la franja del deber de cuidado, en cuanto para

que éste se vea violado, el autor tiene que exceder de dicho riesgo, es decir haber aumentado el riesgo para el bien jurídico más allá de lo que se admite o permite. No hay infracción al deber de cuidado cuando se actuó dentro del riesgo permitido; la conducta en ese caso no es antijurídica y, por tanto, no se puede considerar comprendida en el tipo.

Esta conclusión, perfectamente compaginable con nuestros criterios sobre la teoría del delito, no es, sin embargo, pacífica en otras maneras de estructurarla. La doctrina alemana habló en un momento de la distinción entre el *cuidado objetivo* (el determinado objetivamente por las reglas de seguridad) y el *cuidado subjetivo* (el que competía al concreto autor en la determinada situación en que actuaba), si éste pertenecía a la culpabilidad, aquél integraba la antijuridicidad, y siendo el riesgo permitido un límite de él, aparecía como causa de exclusión de la antijuridicidad (Engisch), doctrina que algunos autores siguen sosteniendo (Jeschek). Sin embargo, advirtiéndose que el riesgo permitido atañe a la determinación del deber de cuidado y siendo éste un problema de tipicidad, aquél pertenece al tipo del delito culposo (Bacigalupo), lo cual es tanto más cierto para quienes consideran existente un deber subjetivo de cuidado encuadrado en la culpabilidad, en la que no se debaten problemas de "deber" sino de "poder" (Bustos Ramírez).

d) *El "principio de confianza"*. Según él todo interviniente en una actividad social puede confiar en que los otros que intervienen en ella van a actuar de acuerdo con el deber de cuidado y adoptar su conducta en consecuencia (el automovilista puede esperar que le dé paso el que viene por la izquierda; el que dispara en un polígono puede esperar que el anotador de blancos no suba a la cresta de la fosa, etc.); se dice, entonces, que no viola el deber de cuidado "la conducta del que, en cualquier actividad compartida, mantiene la confianza de que el otro se comportará conforme al deber de cuidado mientras no tenga razón suficiente para dudar o creer lo contrario" (Zaffaroni). También se sostiene que el "principio de confianza" puede considerarse como riesgo permitido.

Hay que distinguir los casos en que actúa el principio de confianza de aquellos en los que la conducta del autor, aun violatoria del deber de cuidado, se inserta como condición del resultado en un proceso causal desencadenado por otro (conductor desatento

que arrolla al peatón que se arroja bajo las ruedas de su vehículo con finalidad suicida).

En los casos en que el principio de confianza adquiere importancia como limitación del deber de cuidado, la conducta del autor constituye causa "típica" del resultado, pero ella se produce porque otro –la víctima o un tercero– lo provoca –o lo condiciona causalmente– precisamente al adoptar una conducta en contra del mandato de seguridad (p.ej., conductor que hace una brusca maniobra para evitar embestir al automotor detenido sin luces sobre una calzada rural). En estos casos es menester subrayar que el autor puede llegar a violar el deber de cuidado cuando advierte con anticipación a su conducta o mientras puede detenerla, que el otro participante en la actividad actúa o va a actuar en violación del deber de cuidado.

e) *Fórmula legal de la culpa.* La ley argentina que, como dijimos, establece un sistema de "número cerrado" para los delitos culposos, los designa haciendo mención de distintas "formas" según la estructura del mandato o su radicación: a la *imprudencia* cuando el autor adoptó la conducta peligrosa que el mandato prohibía; a la *negligencia* cuando no puso los cuidados que el mandato imponía; a la *inobservancia de reglamentos y deberes* cuando el mandato tiene su sede en aquéllos o aparece como exigencia normada de una determinada actividad; a la *impericia*, cuando dicha sede radica en la reglamentación procedimental de una profesión o de un arte –*lex artis*– que el autor ejerce profesionalmente (en este último caso se trataría de un delito culposo especial, porque sólo un profesional puede ser autor).

En ocasiones la ley trae en los tipos todas estas "formas" (p.ej., arts. 84 y 94, C.P.), o cambia la expresión deberes por ordenanzas (arts. 189, 196, Cód. Penal). Otras veces sólo menciona la imprudencia y la negligencia (p.ej., art. 254, párr. 3°, C.P.), sin que ello implique que el delito no se pueda cometer por inobservancia de reglamentos o deberes o por impericia, ya qué en éstas hay una referencia directa a la sede del mandato y en aquéllas la referencia es, más bien, al carácter de la acción. Las mayores dificultades interpretativas se plantean cuando la ley da exclusivamente la mención de una sola de esas formas, lo cual ocurre en el art. 281, párr. 2°, C.P., que únicamente menciona la *negligencia*, pero ya que es tema de un específico delito su problemática pertenece a la Parte Especial.

f) *Aspectos subjetivos del delito culposo. La previsibilidad del resultado.* La conducta violatoria del deber de cuidado y que por esa razón es antijurídica, penetra en el tipo penal en consideración a su consecuencia, es decir, cuando ha producido el resultado previsto en él (p.ej., cuando la conducta negligente causó la muerte –art. 84, C.P.– o lesiones –art. 94, Cód. Penal–).

Pero, si fundásemos la punibilidad en el solo hecho de la causación del resultado, reconoceríamos una responsabilidad objetiva penal, totalmente marginada del principio de culpabilidad (inconstitucional en nuestro derecho). Según ello, la acción antijurídica culposa tiene que reconocer un fundamento subjetivo para operar como presupuesto de la pena. Ese fundamento radica, en primer lugar, en la voluntariedad con que el autor asume la acción violadora del deber de cuidado, y en segundo lugar, en el conocimiento o posibilidad de conocimiento del carácter peligroso de la conducta que se realiza respecto del bien jurídico protegido, o sea en *previsibilidad* del menoscabo que dicho bien puede sufrir a causa de la conducta adoptada, y es en este último recaudo del aspecto subjetivo de la culpa donde se establece la distinción con el dolo, puesto que no hay en ella una extensión de la voluntad a la realización del tipo penal.

> Por eso, la conformación compleja del tipo de los finalistas, se diluye bastante –si no del todo– en el delito culposo, puesto que su autor no persigue la realización del tipo objetivo. En realidad, las referencias al tipo objetivo, puesto que se incluyen en ella la violación del deber de cuidado y la previsibilidad, contienen ya referencias de carácter subjetivo. Por esas razones se ha sostenido que se habla de tipo objetivo y subjetivo culposo sólo "por razones de conveniencia" (Zaffaroni).

g) *Elementos cognoscitivo y volitivo de la culpa.* De lo dicho se infiere que en la estructura de la culpa también aparecen los dos elementos que vimos en el dolo, aunque no tengan igual contenido. El *cognoscitivo* también requiere el conocimiento de la antijuridicidad en los términos de que la conducta que se asume viola el deber de cuidado; por ende ese conocimiento se determina a través de la *previsibilidad del resultado típico*: el autor tiene que haber conocido el carácter peligroso

de su conducta respecto del bien jurídico; la doctrina admite que ese conocimiento puede ser de carácter potencial (basta que el autor haya tenido la posibilidad de conocer esa peligrosidad). El *volitivo* tiene una conformación más parecida a la del dolo, porque también en la culpa se significa en la libre aceptación de la conducta que se conoce (o se la puede conocer) como *violatoria del deber de cuidado*, o sea previsiblemente vulneradora del bien jurídico; aunque, evidentemente, no puede dirigirse a la "realización del tipo", porque en el delito culposo éste se refiere a una causalidad, previsible, pero no aceptada en sus consecuencias por el autor, como más adelante lo explicaremos detalladamente.

En la estructura teorica del delito propia del finalismo, el desfasaje del tipo objetivo con el tipo subjetivo que se produce en el delito culposo (porque en él ya el tipo subjetivo no puede estar constituido por el querer la realización del tipo objetivo) ha hecho volcar el aspecto volitivo de la culpa sobre una conducta final "a-típica" realizada con medios peligrosos para el bien jurídico, voluntariamente seleccionados por el autor con posibilidad o conocimiento de su peligrosidad, lo que sin ser inexacto, no destaca con la debida prestancia lo que consideramos el real contenido volitivo de la culpa: la voluntad de asumir la conducta antijurídica pese a ser peligrosa para el bien jurídico.

Las posibilidades de no interpretar en su exacto sentido las expresiones de la doctrina finalista, pueden conducir a la negación del principio que sienta. Tal ocurre entre nosotros con Campos: "aunque alguna vez se dijese que la intención estaba referida a los medios creemos que tal aserto es equivocado, pues el que quiere un acto imprudente o negligente, quiere, en concreto, la actividad final que luego desarrolla... quiere conducir a elevada velocidad... se propone un fin: trasladarse, transitando por la calle"; aunque con distinta terminología, los finalistas dicen lo mismo; esa terminología, a lo más, podrá considerarse equívoca, pero no equivocado el principio que sienta desde el punto de vista del finalismo.

h) *La culpa frente a las causas de inculpabilidad.* También el error o ignorancia anula la culpa, al impedir la conformación de su aspecto cognoscitivo, cuando en virtud de ellos el autor actúa sin saber que viola el deber de cuidado, observando una conducta peligrosa para el bien jurídico.

La falta de conocimiento o el conocimiento erróneo anula la previsibilidad, porque "quien no puede prever, no tiene a su car-

go el deber de cuidado y no puede violarlo" (Zaffaroni). Recordemos que, en el lenguaje común, se habla en estos casos de "caso fortuito", pero sería inconveniente el empleo de esa expresión, a la que se le puede otorgar un contenido de carácter predominantemente objetivo, cuando la previsibilidad se integra con datos predominantemente subjetivos, ya que "debe establecerse conforme a la capacidad de previsión de cada individuo" (Zaffaroni).

En cuanto al aspecto volitivo, el amenguamiento en la libertad de elección de la conducta violatoria del deber de cuidado (p.ej., el conductor que bajo amenazas es obligado a conducir a velocidad imprudente), también la desmerece como base del juicio de reproche, como ocurre en el dolo.

i) *Culpa consciente (con representación) y culpa inconsciente.* Y es precisamente desde el punto de vista del carácter asumido por la previsibilidad en los casos concretos, como se distingue la llamada *culpa consciente* de la llamada *culpa inconsciente*. La primera es aquella en que el autor ha previsto la posible concreción del resultado típico a consecuencia de su acción violadora del deber de cuidado, pero la encara confiando en la no producción de ese resultado, es decir pensando (y deseando) que el curso causal no se desarrollará hasta alcanzarlo, ya porque se propone interponer una actividad que lo evite, ya por considerar que las circunstancias en que la acción se lleva a cabo impedirán su concreción (p.ej., el que decide imprimir alta velocidad a su automóvil en una zona urbana de intenso tráfico, confiando en su habilidad para maniobrar, o el que, al hacerlo en una ruta en horas de la madrugada confía en que nadie se le cruzará en su camino). Puesto que en tales casos el autor prevé el resultado creyendo o esperando su evitación, a esa culpa se la llama también "culpa con representación".

La culpa consciente representa el límite entre la culpa y el dolo. Se distingue del dolo eventual en que en éste el agente "acepta" la producción del resultado (es decir, la adecuación de su acción al tipo penal), aunque no lo haya perseguido directamente con su conducta, en tanto que en la culpa consciente el autor "rechaza" el resultado, creyendo (y deseando) que no se produzca a consecuencia de su conducta. Quien dispara

contra un blanco detrás del cual están jugando los niños de una escuela, previendo que pueda matar a uno de ellos por el lugar en que se encuentra e, indiferente a esa producción, dispara, actúa con dolo eventual; quien decide dar una broma a un amigo disparando contra la botella que ha dejado al costado de su asiento y, por un defecto del arma (que desconoce) o fallas en su puntería (en la que confía), le atraviesa el corazón, actúa con culpa consciente.

En la *culpa inconsciente* el agente encara voluntariamente la conducta que en sí (objetivamente) es contraria al cuidado debido, pero totalmente al margen de la previsión de que el desarrollo de ella puede provocar el resultado contemplado en el tipo. El autor sabe lo que hace y quiere hacerlo, pero no se puede decir que lo conozca como violación del deber de cuidado, puesto que no reconoce su conducta como peligrosa para el bien jurídico (el ama de casa que, por comodidad, deja encendido el calefón de gas sin pensar en que se puede apagar produciendo una acumulación del fluido con la consecuente explosión –art. 189, Cód. Penal–). Puesto que falta la previsibilidad por el desconocimiento del carácter peligroso de la conducta, no es sencillo fundamentar la responsabilidad subjetiva en estos casos; la doctrina acude para ello a la vigencia del *deber de prever*: el reproche se funda en que el autor no previó la producción del resultado como producto del curso causal de su conducta, cuando de acuerdo con las reglas comunes de la experiencia *tenía el deber de preverlo*; en otras palabras, tenía que conocer el carácter peligroso de ella. Este fundamento no ha dejado de suscitar dudas y críticas; por lo menos la responsabilidad subjetiva reclama que el autor haya conocido o podido conocer su conducta como descuidada, aunque no concretamente como peligrosa en orden al determinado resultado que produjo (el montaraz que no sabe lo que es un calefón de gas, jamás puede adoptar una conducta descuidada respecto de dicho aparato, sí el ama de casa que lo maneja diariamente; la teoría del error y la ignorancia acota, con más importancia que en otros casos, los límites del reproche responsabilizador).

Pese a que no son muchos los casos de pretendida culpa inconsciente que no sean reducibles a casos de culpa consciente o que no puedan manejarse con la teoría del error para llegar a so-

luciones justas además de dogmáticamente correctas, el tema continuará siendo el campo de Agramante del derecho penal de la culpa. Una gran parte de la doctrina sigue sin dudar en que la responsabilidad subjetiva puede afirmarse en el conocimiento "potencial" del carácter peligroso de la conducta (deber de prever), aunque no se haya tenido un conocimiento efectivo de ese peligro en el momento de actuar. La culpa consciente es "una forma de culpa y de conocimiento eventual... en modo alguno necesario para la configuración de la tipicidad culposa" (Zaffaroni). Por otra parte, se considera que el concepto de culpabilidad como reprochabilidad aleja el fantasma de una culpa en que está ausente toda relación psicológica entre la conducta y el resultado, que habría desencadenado la quiebra del psicologismo; ya hemos visto que el psicologismo puro (totalmente ausente de "reprochabilidad" en las construcciones de la culpabilidad) no existió nunca, pero, además, el concepto de culpabilidad-reprochabilidad no ahuyentó la duda: "La culpabilidad de la culpa inconsciente no es obvia. *No es seguro que sea compatible con el principio de culpabilidad.* En verdad el autor que no se representa el peligro de su acción, difícilmente podrá motivarse para la corrección del curso de la misma" (Bacigalupo); por tanto, no tuvo posibilidad de elegir la conducta adecuada al mandato y, por ello, su responsabilidad no ingresa sino en un cuadro de objetividad.

La culpa inconsciente aparece, pues, como el límite entre la responsabilidad penal subjetiva que requiere, cuando menos, la posibilidad de conocer la conducta como peligrosa (deber de prever) y la responsabilidad objetiva (p.ej., responsabilidad por lesiones causadas inculpablemente, como ocurre en alguno de los casos reglamentados por el art. 1113, C.C.), aunque hay que reconocer que gran parte de la doctrina la plantea como el límite entre la responsabilidad penal y la irresponsabilidad, englobando a esta última bajo la común denominación de "caso fortuito", terminología que puede parecer equívoca, según se advirtió.

j) *Omisión y culpa. Los delitos "de olvido".* La circunstancia de que en toda culpa hay un "momento negativo (la falta de diligencia, de cuidado, de prudencia)" (Bacigalupo) y que ella adquiere entidad dogmática al considerarla como inobservancia o incumplimiento del deber de cuidado, hizo pensar a algunos, en un momento de la evolución de la doctrina penal, que el "actuar" culposo era siempre un "omitir"; pero en realidad la conducta desconocedora del deber de cuidado puede estar constituida tan-

to por una acción (imprimir alta velocidad) como por una omisión (no revisar los frenos). Entre nosotros esa apreciación tiene vigencia dogmática al referirse nuestra ley distintamente a la "imprudencia" y a la "negligencia".

Pero algunos parecen insinuar ciertas dudas al sostener que la culpa se daría respecto del irregular cumplimiento de un mandato, por lo cual aquélla "no puede estar en consideración a la omisión como tal, sino a una forma de cumplimiento del mandato... aunque sólo sea referido al momento inicial de enjuiciar la situación en que [el autor] debe actuar" (Bustos Ramírez); se ha impuesto el criterio de que el concepto de culpa alcanza igual dimensión por medio de la acción en sentido propio que por medio de la omisión y que, dentro de ésta tienen la misma funcionalidad que en la acción positiva la culpa consciente y la inconsciente (Zaffaroni). Justamente la culpa inconsciente omisiva es la que forma el grupo de los llamados *delitos de olvido* (olvidar cerrar la llave del gas, de apagar el motor al estacionar para cargar combustible, de descargar el arma cuando se dejó de cazar, etc.), a los que ya nos hemos referido al tratar la acción.

§ 244. ***Preterintencionalidad. Delitos preterintencionales y calificados por el resultado.*** – Completemos el tema cuyo tratamiento ya iniciamos al hablar del tipo. Vimos allí que, a veces, los tipos integran figuras complejas en cuanto a la culpabilidad consideradas con la denominación de *delitos preterintencionales* y *delitos calificados por el resultado*, en los que el autor, actuando con dolo en pos de un resultado, al desplegar su conducta produce otro resultado, más vulnerante de los bienes jurídicos que aquel que persiguiera; para esos casos la ley penal designa una pena "especial" (como ocurre en el homicidio preterintencional –art. 81, inc. 1°, b, C.P.–) o una pena "agravada" (como ocurre en el abandono de personas –art. 106, párrs. 2° y 3°, Cód. Penal–). Dijimos también que esas penas son congruentes con el criterio de la responsabilidad subjetiva en cuanto el resultado más grave puede ser atribuido a título de culpa (dicho resultado tiene que ser "previsible", según el esquema expuesto precedentemente). Queda, pues, perfectamente en claro, que si falta la posibilidad de atribución del resultado más grave en esos términos (cuando no fue "previsible"), la figura compleja es inaplicable y al autor sólo se lo podrá punir en la medida prevista por el tipo que corresponde a la acción ejecutada dolosamente (en el caso del homicidio, si

el resultado "muerte" no fue previsible, sólo podrá ser castigado como autor de lesiones –art. 89, C.P.–; en el de abandono, si los resultados de "grave daño en el cuerpo o en la salud" o de "muerte" no eran previsibles, sólo podrá ser castigado con la pena fijada en la figura básica –art. 106, párr. 1°, Cód. Penal–). Si así no fuese, la punibilidad por el resultado más grave se estructuraría en un cuadro de responsabilidad objetiva, mediante la aplicación de los principios del *versari in re illicita*, los que más adelante desarrollaremos.

> La doctrina moderna destaca cuidadosamente las dos circunstancias que permiten la aplicación de las figuras complejas: una de carácter objetivo que se relata como conexión de inmediatez entre la acción de emprendimiento doloso y el resultado más grave, la que "requiere que el resultado mayor, además de la *condicio sine qua non*, no esté separado de la acción básica por la intervención de un tercero o de la propia víctima"; la otra, de carácter subjetivo, constituida por la culpa respecto del resultado más grave, la cual "implica que la realización de la acción querida, lleve implícito el peligro del resultado mayor" (Bacigalupo) y, como tal, sea previsible.

La circunstancia de que en algunos casos la ley opte, en la configuración de las figuras complejas, por determinar penas "especiales" (referidas directamente a la figura compleja) y en otros por tratarlas como *figuras agravadas*, ha provocado ingentes esfuerzos para intentar diferenciar, como categorías autónomas, los delitos preterintencionales y los delitos calificados por el resultado. Se ha dicho, por ejemplo, que mientras en los primeros se da homogeneidad entre el bien jurídico cuya lesión procuraba el autor y el que se vulnera con el resultado más grave "no querido" (en el homicidio preterintencional tanto las lesiones del cuerpo o la salud como la muerte son atentados contra la integridad física de las personas), en los segundos hay heterogeneidad entre dichos bienes (p.ej., en los delitos contra la seguridad pública o común –art. 186 y ss., C.P.–, el autor dirige dolosamente su acción contra dicho bien jurídico, en tanto que los resultados más graves, que aumentan la penalidad, constituyen ataques contra la integridad personal –salud o vida, p.ej., art. 186, inc. 5°, Cód. Penal–).

Sin embargo, esa pauta distintiva no encaja del todo bien en la configuración de los tipos y de las respectivas punibilida-

des; así, en el abandono de personas que hemos citado, el bien jurídico de que se trata en la figura básica y en las agravadas es exactamente el mismo; sin embargo, la ley lo trata mediante penas agravadas, no "especiales".

En verdad, desde el punto de vista de la culpabilidad –que es el que ahora nos interesa– la distinción no aparece como indispensable, puesto que la solución es idéntica en cualquiera de esos casos: en ambos la punibilidad depende de la culpa respecto del resultado "no querido", es decir del que está más allá de la intención (*preterintencional*).

> Creemos que ésta es la actitud que puede aparecer como predominante en la doctrina de nuestro tiempo: "*delitos preterintencionales* y *delitos calificados por el resultado* son designaciones que hacen referencia al mismo objeto, aunque contemplado desde puntos de vista diferentes: en la primera se mira desde el límite de la *intención*, en la segunda desde el resultado causado más allá del querido" (Bacigalupo).

§ 245. ***Fenómenos paralelos de figuras complejas.*** – Restringiéndonos a nuestra legislación, aparecen en ella tipos de "doble culpabilidad" que no son iguales a los anteriores, pero que tienen semejanza con esas figuras complejas.

En primer lugar, por el camino de la interpretación se alcanza a detectar el siguiente fenómeno típico: atendiendo a la congruencia de las penas, se considera que en algunos delitos calificados por el resultado, el resultado más grave que califica pueda ser atribuido, no sólo a título de culpa, sino también de dolo eventual; trátase de los casos en que, si aplicásemos las figuras básicas correspondientes en concurso (p.ej., en los arts. 186, inc. 1°, y 79, C.P.), podría resultar una pena menor que la señalada para el delito calificado por el resultado atribuido a título de culpa (en el ej., el art. 186, inc. 5°, Cód. Penal).

En segundo lugar, aparecen delitos básicos culposos que se agravan por la intensidad de sus resultados (p.ej., art. 189, Cód. Penal). En ellos de ningún modo podemos concebir una especie de "preterintención" sobre una base de culpa en cuanto al resultado de la figura básica y a un resultado más grave marginado de dicha culpa, puesto que, entonces, éste se castigaría en consideración a una pura responsabilidad objetiva.

Tampoco estamos, entonces, ante tipos o figuras complejas como las vistas en el parágrafo anterior, sino ante dos tipos culposos distintos: si la previsión del autor puede hacerse llegar hasta el resultado de la figura básica sólo ésta se aplica; si puede extenderse hasta el resultado más grave, entonces se aplica la pena de la figura agravada; o sea, aquí no pasamos de la relación tipos básicos-tipos derivados, sin penetrar en la preterintencionalidad.

4) Capacidad de culpabilidad (imputabilidad)

§ 246. *La imputabilidad como capacidad de culpabilidad.* – No todos los sujetos tienen la misma posibilidad "personal" de comprender el carácter de la acción que realizan o para dirigirla. En algunos esa posibilidad falta totalmente, en otros está decididamente limitada, ya por las características propias de su psiquismo, ya por las circunstancias en que ese psiquismo se inserta al llevarse a cabo la acción. Es decir, mientras algunos sujetos son personalmente capaces de ser culpables, o sea, para actuar de tal modo que, en principio, se les pueda reprochar su conducta como manifestación de sus quereres libres, perfecta y plenamente formados en su mente, otros no lo son, o sólo lo son en medida mínima.

Para nosotros la imputabilidad es componente del objeto del juicio de reproche; su falta impide "reprochar". Sin embargo, mucho se discute en la doctrina su localización, sobre todo si es un presupuesto de la culpabilidad o un elemento suyo. La tendencia psicologista acentúa, en general, el carácter de presupuesto de la culpabilidad y en algunas de sus construcciones la imputabilidad asume casi una vigencia autónoma en la estructura del delito. Exagerando las consecuencias de esta apreciación, pero desde su punto de vista estructural, que no es, precisamente, el del psicologismo, algunos finalistas la acusan de incoherente porque al no tener "relevancia penal la relación psíquica entre la conducta y el resultado", no se puede "saber por qué delito se aplica una medida de seguridad a un inimputable". Por ello consideran más "coherente" la actitud de los psicologistas, que prefirieron sacar el tema "de la teoría del delito", llevándolo al de la sanción penal, donde se consideró la inimputabilidad "como una causa personal de exclusión de la pena", que fue el procedimiento que siguió Lilienthal (Zaffaroni). Su crítica, dijimos, es

exagerada: es el finalista el que tiene dificultades para saber por qué delito se aplica la medida de seguridad al inimputable; un psicologista puede contestar sin problemas a esa pregunta.

La capacidad de culpabilidad, que recibe el nombre de *imputabilidad* en la doctrina penal (donde no tiene el mismo valor que en la doctrina civil, al menos en la tradicional), está determinada por las características del sujeto, *que le permiten comprender lo que hace y dirigir sus acciones según esa comprensión, en el momento en que las realiza.*

Esas características son: *a*) la *madurez mental*, que implica un grado de desarrollo de la capacidad mental del individuo acorde con su edad; la ley considera que dicha madurez se alcanza en un determinado estadio de la vida (entre nosotros, los dieciséis años) por debajo del cual la presume inexistente (inimputabilidad por minoridad); *b*) la *salud mental* que permite al individuo establecer debidamente las relaciones que requieren los juicios necesarios para comprender y dirigir la conducta (en caso de ausencia se da la inimputabilidad por falta de salud mental); *c*) por fin, que el individuo actúe poseyendo *conciencia suficiente* en el momento en que lo hace (si ella no alcanza el nivel mínimo necesario para la correcta formulación de los juicios referidos, se da la inimputabilidad por inconsciencia). Tales requisitos pues, como dijimos, son fundamentos de los juicios que el propio autor tiene que formular para que su conducta pueda ser enjuiciada desde el punto de vista de la reprochabilidad (el juicio de "criminalidad" de hecho y el de la selección del modo de actuar para que coincida con esa comprensión). Todos ellos están taxativamente presentes en nuestra ley (art. 34, inc. 1°, C.P., y la ley 22.278 modificada por ley 22.803).

Salvo en los casos de falta de madurez mental por ausencia de desarrollo biológico, en que la ley fija una edad a partir de la cual se presume su existencia, en los demás la ausencia de las características requeridas para poder afirmar la inimputabilidad tiene que ser de tal envergadura que efectivamente hayan impedido al sujeto comprender lo que hacía –en cuanto a su "criminosidad"– o dirigir sus acciones. De ahí que se sostenga que la fórmula legal argentina de la imputabilidad es mixta: biológica, porque contiene rasgos de esa especie al presumir la

madurez mental después de una edad determinada; psíquica, porque reclama una repercusión de esa naturaleza en el sujeto respecto de su acto, y jurídica, porque requiere de él la posibilidad de formular un juicio de valoración de ese carácter (sobre la "criminalidad" de su hecho).

§ 247. ***Evolución del concepto de imputabilidad. La postura crítica.*** – Reconozcamos que, dejando de lado la exigencia de madurez mental, las otras han dado lugar a plantearse la imputabilidad-inimputabilidad como relación entre lo normal y lo anormal (patológico). Puesto que el concepto de "normalidad" está en crisis en la psiquiatría moderna y la llamada psiquiatría alternativa procura plantear la imputabilidad como un problema de mayor o menor "esfuerzo que el sujeto deberá realizar para comprender la antijuridicidad de su conducta", lo cual importa que en ella no sólo estará en juego la internidad del sujeto, sino también que su capacidad psíquica de comprensión tendrá que medirse con referencia al particular delito. "Hay estados patológicos... en que cabe presumir que [la] incapacidad que generan opera en cualquier delito, pero hay otros padecimientos [que] pueden generar una incapacidad psíquica para ciertos delitos que exigen una capacidad de pensamiento abstracto... para comprender la antijuridicidad... en tanto que el mismo sujeto conserva capacidad psíquica para comprender la antijuridicidad de cualquier conducta cuya valoración depende de datos más concretos" (como puede ser un homicidio, o un hurto, en tanto que no se puede decir lo mismo de una defraudación), dice Zaffaroni, que pone como ejemplo la oligofrenia de menor grado (debilidad mental).

Las corrientes críticas tomando cada vez mayor distancia de la consideración del libre albedrío como dato de la imputabilidad, insistiendo en las conclusiones de la "psiquiatría alternativa", ponen el acento en el *conflicto social* y consideran la imputabilidad como *un juicio de incompatibilidad* (que, por supuesto, tiene que formular el juez) *de la conciencia social de un sujeto en su actuar frente al ordenamiento jurídico*. El problema es que ese juicio puede ser altamente discriminatorio, sea de determinados individuos o de determinados grupos sociales con particulares "valores" en orden a lo antijurídico, y por lo tanto se considera que "el juicio de imputabilidad es... en la actualidad el juicio estigmatizante por excelencia", lo que siempre ha sido; por ello, en una evolución progresiva de una sociedad pluralista y democrática el concepto de imputabilidad tenderá a desaparecer para quedar inserto en el de "sujeto responsable" (ya no habrá inimpu-

tables en el sentido tradicional) y con ello, nuevas formas de reparar o evitar el conflicto reemplazarán a la pena (Bustos Ramírez).

§ 248. *MOMENTO DE LA IMPUTABILIDAD. "ACTIO LIBERA IN CAUSA".* – Las características enunciadas tienen que estar presentes en el sujeto en el momento en que realiza su acción; en otros términos: en el momento en que manifiesta su voluntad en el mundo exterior. Pero puede ocurrir que el mismo sujeto se haya colocado voluntariamente en la situación de inimputabilidad y, estando ya en ella, realice la acción típica (p.ej., el agente que habiendo ingerido bebidas alcohólicas o consumido narcóticos, llega a un estado de inconsciencia que lo torna inimputable y en ese estado mata, o hace detonar un explosivo que pone en peligro la seguridad común). En principio, de él no se podrá decir que "actuó" como "imputable" en el momento en que ejecutó la acción, pero la circunstancia de que dicho estado lo hubiera adoptado voluntariamente, permite afirmar que su conducta precedente sí es la de imputable, y si se puede considerar que fue ella la que *causó* la actividad asumida en situación de inimputabilidad, dicha causación puede ser "transferida" al resultado producido por la última, lo cual permite, en ciertos casos al menos, responsabilizarlo subjetivamente por tal resultado.

Como se ve, estos supuestos, que constituyen el tema de la *actio libera in causa*, no son excepciones al principio de imputabilidad como fundamento del juicio de reproche (es decir, excepciones al principio de culpabilidad), sino excepciones al requerimiento de que ella exista en el momento en que el sujeto actúa típicamente.

§ 249. *LA SOLUCIÓN DE LOS CASOS DE "ACTIO LIBERA IN CAUSA". "VERSARI IN RE ILLICITA".* – En un época (que comenzó en la etapa de los "canonistas" y de una u otra forma se prolongó entre nosotros hasta no hace mucho tiempo), partiéndose del caso de la ebriedad voluntaria, considerándola como acción ilícita, se aplicaban a aquellos supuestos la solución procedente del principio del *versari in re illicita*, según el cual quien observaba voluntariamente una conducta de carácter ilícito era responsable (penalmente) por todos los efectos causados por el desarrollo de dicha

acción, aunque el sujeto no los hubiese asumido (comprendido, conocido) como consecuencias de ella; entonces el dolo de la acción inicial se "transfería" a la "causación" de todos sus resultados, cualesquiera que fuesen. Hasta hace relativamente pocos años, nuestros tribunales solucionaron de esa manera los problemas de la *actio libera in causa*, consagrando el principio de que quien voluntariamente se colocaba en situación de inimputabilidad respondía siempre de lo que hacía en ese estado *a título de dolo*.

Pero cuando se advirtió que la solución del *versari in re illicita* importaba la admisión de una responsabilidad objetiva inaceptable en los esquemas del sistema penal moderno, se comenzó a poner la atención sobre la necesidad de distinguir entre unos casos y otros: si el sujeto se coloca en situación de inimputabilidad *preordenadamente*, o sea "para" actuar típicamente (el enfermero que se embriaga para no suministrar el medicamento salvador al enfermo; el que coloca a su lado un detonador eléctrico a presión antes de irse a dormir para en todo caso presionarlo al darse vuelta en la cama), nada obsta a la transferencia del dolo desde la acción de colocarse en situación de inimputabilidad a la de acción u omisión que produce el resultado que ya ha sido previsto al intentar aquélla; quizá dentro de esta categoría puedan quedar comprendidos casos de "pre-ordenación" con dolo eventual (el enfermero que se embriaga, no "para" omitir la administración del medicamento salvador, sino aceptando esa consecuencia del estado voluntariamente procurado). Si el sujeto se coloca en estado de inimputabilidad previendo o debiendo prever la posibilidad de que estando en él pueda realizar una actividad típica, ésta se le podrá atribuir a título de culpa, siempre y cuando el correspondiente resultado esté cubierto en la ley por un tipo culposo (p.ej., el conductor de un camión en ruta que se embriaga mientras conduce y, en estado de inconsciencia pierde el dominio del vehículo produciendo lesiones a un ciclista que circulaba por la banquina; quien se embriaga en un sitio público y en ese estado interviene en una disputa lesionando a otro, etcétera). No se puede decir que en estos casos haya una "transferencia" de la culpa, como ocurre en los de preordenamiento con el dolo, porque en ellos la misma actividad de colocarse en

situación de inimputabilidad es lo que constituye la violación del deber de cuidado. En cualquier otro supuesto el sujeto quedará al margen de la responsabilidad penal, resolviéndose su caso del mismo modo que los corrientes de inimputabilidad (p.ej., el que se embriaga encerrado en su casa de donde es sacado en ese estado por terceros que lo colocan detrás del volante del automóvil al que ponen en marcha).

Tales distinciones son comunes entre nosotros, a partir del plenario "Segura", en que se fundamentó la doctrina expuesta por el voto del juez Frías Caballero.

§ 250. ***FUNDAMENTOS DE LAS SOLUCIONES DE "ACTIO LIBERA IN CAUSA" Y EL DEBATE DOCTRINARIO.*** – Como la misma expresión lo revela, la circunstancia de que el autor haya puesto "libremente" la causa del resultado constituida por su actuación en estado de inimputabilidad, permite cumplir con el principio de la responsabilidad subjetiva. Es más, parte de la doctrina considera que hay una especie de similitud entre la estructura de la *actio libera in causa*, en que media dolo y la autoría mediata, ya que en aquélla "el autor se utiliza a sí mismo en estado de inimputabilidad para la comisión de un delito" (Bacigalupo). Algunos, al pretender desconocerlas, han señalado la necesidad de reestructurar las soluciones (Spolansky); pero otros han negado la exactitud de ellas o señalado, en algunos casos, su inutilidad; en esa actitud se coloca Zaffaroni (a partir del *Manual*).

Pese a que otra cosa hemos pensado hasta hace poco tiempo, reconocemos razón a Zaffaroni, cuando sostiene que en los casos de culpa las soluciones de la *actio libera in causa* son inútiles porque ellos se resuelven, como cualquier caso de culpa, por los principios generales, ya que el hecho de colocarse en estado de inimputabilidad previendo o debiendo prever el resultado típico, constituye la violación del deber de cuidado (nuestra equivocación estaba en pretender distinguir la violación del deber de cuidado en la acción realizada en estado de inimputabilidad). Pero en materia de dolo (preordenamiento), las conclusiones negativas pueden ser objeto de mayor debate. En realidad su crítica parece de gran peso en la estructura finalista del tipo; para él la aplicación de la solución de la *actio libera in causa* nos llevaría a proponernos una tipicidad sin culpabilidad de este modo: en el que se embriaga para hurtar hay un deseo de hurtar, pero no un dolo de hurtar y lo único que ha realizado como imputable es el acto preparatorio de embriagarse (como acto preparatorio impune); cuando llega a la acción en estado de inimputabilidad no se puede decir que haya sido autor del hurto, porque le faltó el domi-

nio del hecho en ese momento; por lo tanto, aplicar aquí la *actio libera in causa* importaría construir el delito con la culpabilidad de embriagarse y el tipo de hurtar; el punto débil de esta construcción se halla en que el dominio del hecho, aun para el finalismo, está constituido por una anticipación (que puede atrasarse): la finalidad de hurtar ya está en el embriagarse y no es un mero deseo (mejor dicho, para el finalismo el deseo del autor que motiva su conducta, "es" la finalidad cuando él lo refiere al tipo). También rechaza Zaffaroni que sea aplicable la *actio libera in causa* cuando el estado de inimputabilidad se procura en pos de una conducta omisiva (el que se embriaga para no hacer lo que debe hacer), porque "en la estructura del tipo omisivo, la objetividad típica ya surge cuando un sujeto se coloca en un estado o situación que le impide realizar la conducta debida", con lo cual al colocarse en aquel estado "está realizando un acto de tentativa", conclusión con la que puede perfectamente discreparse, ya que las características objetivas del tipo sólo pueden aparecer a partir del momento en que la acción debida tiene que realizarse, pero no antes; con la tesis de Zaffaroni podríamos tener una tentativa anticipada a la ejecución omisiva típica, siempre, por supuesto, que se aceptara la tentativa en la omisión, lo cual, como veremos, también es objeto de debate.

§ 251. ***Imputabilidad disminuida.*** – Hay sujetos que si bien presentan las características de los inimputables, no las poseen en plenitud. Se habla entonces de *imputabilidad disminuida*, con lo cual se hace referencia a la situación de los autores cuya capacidad de culpabilidad está amenguada, pero sin que haya desaparecido del todo. En el proyecto argentino de 1960 (Soler) se la conceptualizaba como la situación en que, por insuficiencia de las facultades, alteraciones morbosas de ellas o perturbación de la conciencia, se hallare "gravemente disminuida en el momento del hecho la capacidad del agente para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones".

Las leyes que la prevén expresamente resuelven los casos en que se la constata designando penas atenuadas, lo cual no ocurre en nuestra legislación (el juez sólo puede graduar la pena mediando esa disminución de la capacidad de culpabilidad conforme a las pautas generales de individualización del art. 41, C.P.), aunque se sostiene que podrían considerarse casos de imputabilidad disminuida, legalmente reconocidos, los

de los menores de más de dieciséis y menos de dieciocho años (art. 4º, párr. 2º, ley 22.278, modificada por ley 22.803) y los de quienes actuasen en estado de emoción violenta (arts. 81, inc. 1º, *a*; 93 y 105, C.P.); sin embargo aquel carácter puede ser discutido.

5) Juicio de reproche

§ 252. ***Fundamento.*** – A quien actuó voluntariamente y sin error alguno, queriendo realizar una acción antijurídica adecuada a las formas típicas o que conoce o debió conocer como violatoria del deber de cuidado, se le puede llegar a *reprochar* su conducta:

El juicio de reproche que tiene que formular el juez se asienta, pues, sobre las premisas que acabamos de ver: que el autor haya poseído capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y que haya actuado con dolo o con culpa (sin error), y se corona con la "posibilidad jurídica" de exigirle que, en el caso concreto, en vez de actuar como lo hizo, actuase de conformidad con lo preceptuado por la norma-mandato.

§ 253. ***La no exigibilidad de otra conducta.*** – Esto último se presenta como posibilidad, porque no siempre el derecho *exige* la conducta adecuada a la norma, sino que a veces acepta como "normal" la conducta que la desconoce. Son situaciones en las que el sujeto, si bien no ha perdido totalmente la libertad de optar, ya que puede seguir eligiendo entre la conducta antijurídicamente típica y la adecuada al mandato, se encuentra con que la opción por esta última lo enfrenta con la eventualidad de ver menoscabados sus propios bienes jurídicos, lo cual supondría lo que se cataloga como "conducta heroica", que sólo en situaciones extraordinarias exige el derecho del individuo (p.ej., en situación de guerra); fuera de tales excepciones, el derecho no reprocha la conducta típica por considerar que la libertad del autor no ha sido plena. En general, este cuadro responde a lo que los normativistas incluyeron en la teoría de la culpabilidad como *exigibilidad de otra conducta*.

§ 254. ***No exigibilidad y coacción.*** – Cuando examinemos el aspecto negativo de la teoría del delito, veremos que dicha

exigibilidad, como factor desencadenante del reproche, desaparece (*no exigibilidad de otra conducta*) en todos los casos en que se puede considerar que el sujeto actuó coaccionado, aunque al respecto tenemos que adelantar algunas aclaraciones que más adelante desarrollaremos.

Las situaciones de *coacción* no se reducen a las amenazas de sufrir un mal grave e inminente, formuladas por otros sujetos al autor, sino que se extienden a los casos en que éste ve amenazados sus bienes a consecuencia de hechos no procedentes del quehacer humano (de la naturaleza), cuando en ambos considera la acción típica como el medio necesario para alejar la amenaza (cometer el delito que le exige el que coacciona; arrojar al agua al náufrago que le disputa la tabla capaz de soportar una sola persona) –veremos que, sin duda alguna, ambas hipótesis caben en el art. 34, inc. 2°, Cód. Penal–. Por nuestra parte creemos que también comprenden las situaciones en que la coacción se origina en la misma organización del sistema jurídico, como ocurre en la obediencia debida (art. 34, inc. 5°, C.P.), en que el autor, encuadrado jurídicamente en un régimen de obediencia que le impide el examen de la orden, por más que conozca la ilegitimidad de ella, tiene que actuar cumpliéndola como medio necesario para evitar el menoscabo de sus propios bienes jurídicos, que puede producirle la desobediencia (p.ej., el soldado que puede ser perseguido por insubordinación).

La exigibilidad de la conducta adecuada al mandato como "requisito de culpabilidad" tiene raigambre histórica en la doctrina moderna, sobre todo a partir de Freudenthal. Sin embargo, en los últimos tiempos, particularmente a partir de las investigaciones de Welzel, se la quiere quitar del tema de la culpabilidad como reprochabilidad: el hecho es ya reprochable con la conciencia del injusto (hecho típicamente antijurídico) mediando la imputabilidad del autor, ya que éste sigue disponiendo del poder de dirigir sus acciones, aunque medie una situación de inexigibilidad de la conducta adecuada al mandato; en estos casos mediaría una simple dispensa o indulgencia del derecho (algo similar a las excusas absolutorias). Pero dicha doctrina olvida que al ser el juicio de reprochabilidad un juicio jurídico, cuando jurídicamente la conducta no se puede reprochar, será impensable la culpabilidad *como reproche*, por más que se pueda mantener incólume el reproche ético de la conducta.

No dejan, pues, de tener razón quienes censuran tal doctrina negativa porque se apoya en una concepción eticista, fuera de que, en la consideración de la culpabilidad se toma al individuo parcializado y no en su totalidad (actuando en la determinada situación social) (Bustos Ramírez). Aunque esta última objeción procede de la corriente crítica del derecho penal, tiene también valor para la doctrina no enrolada en ella. El problema está en la suplantación del hombre concreto por un concepto deshumanizado (normativizado), como el del "hombre medio", al que ya nos hemos referido.

F) Presupuestos de imposición de la pena ajenos a la acción (punibilidad)

§ 255. ***Condiciones de procedencia de la punibilidad como parte de la teoría del delito.*** – Hemos insistido reiteradamente en que lo que caracteriza al hecho ilícito como *delito* es la asignación de la pena.

Ésta aparece de dos modos en la teoría positiva del delito: como posibilidad jurídica (es decir, en potencia) y así se presenta cuando se han reunido todos los elementos positivos que hasta aquí hemos examinado; y como concreción jurídica, cuando en el caso específico de que se trate se la puede imponer efectivamente.

Aunque podemos llamar *delito* al hecho ilícito que reúne todas las otras características que permiten considerar la pena como potencialidad jurídica, no se puede negar que el examen de los presupuestos jurídico-penales que condicionan su efectiva imposición, necesariamente integran la teoría del delito en su faz positiva y en su faz negativa tendremos que estudiar los supuestos en que ellos no se dan. El prolongado debate sobre si la *punibilidad* es un elemento que "pertenece" al delito, o si sólo constituye una consecuencia de él es, por lo tanto, dogmáticamente inútil.

Y, sin embargo, todavía preocupa la cuestión (que –aclaremos– nada tiene que ver con que, elaborando la teoría del delito con el empleo del tipo sistemático o específico quede fuera de él, no sólo la antijuridicidad sino también la punibilidad) (Bacigalupo).

Zaffaroni, que distingue perfectamente los dos modos teóricos de manifestación de la punibilidad a que nos hemos referido, emplea, sin embargo, una terminología apropiada para afirmar el carácter de la punibilidad como "consecuencia" del delito, al sos-

tener que la voz "punibilidad" tiene dos sentidos: el de posibilidad de aplicar la pena y el de merecimiento de la pena, anotando que todo delito implica aquella posibilidad, pero no a todo delito se le puede dar lo que tiene merecido. Sin duda es un modo de decir eticista. Núñez, para quien también el delito es el hecho típicamente antijurídico y culpable, se expresa de otra manera: el delito, así considerado, no es el único presupuesto de punibilidad.

Claro que puede ser tautológico definir el delito como punible, pero no porque la punibilidad sea mera consecuencia del delito, sino porque un hecho ilícito carente de la efectiva posibilidad de imponerle pena no puede ser considerado como "delito" en las repercusiones dogmáticas de la teoría –que son las que interesan–: queda siendo un hecho antijurídico y culpable que llena las formas del tipo, es decir, queda como hecho ilícito, pero sólo figuradamente podemos decir de él que es "un delito".

Las condiciones que determinan la efectiva imposición de la pena son de dos órdenes: las que podemos calificar de *sustanciales* y las de *carácter procesal*; unas y otras plantean problemas distintos.

1) Condiciones sustanciales de imposición de la pena

§ 256. *Condiciones objetivas de punibilidad.* – Encontramos, en primer lugar, las llamadas *condiciones objetivas de punibilidad*. Se han considerado tales todos aquellos sucesos del mundo exterior, producidos al margen del proceso causal provocado por el autor o en los que dicho proceso sólo aparece como una condición de él (no causa en el sentido jurídico), debidos a la acción de factores extrahumanos, o de la actividad de un tercero en dicho proceso, o a un desarrollo de él no querido ni previsto en cuanto exigencia del tipo que éste enuncia para que se pueda aplicar la pena.

Insiste la doctrina en que esas condiciones objetivas no pertenecen a la acción típica (antijurídica y culpable) del agente, porque necesitan de otro factor que se sume a los puestos por él y porque su culpabilidad –típicamente relevante– es exclusivamente la que se refiere a lo por él querido o tenido presente al actuar u omitir (p.ej., en el abandono de servicio del art. 252, C.P., la culpabilidad típica se reduce a la "voluntad de abandonar el cargo", pero no se extiende a la de producir un perjuicio en el servicio, que puede ser consecuencia del abandono, aunque

no necesariamente su causa en sentido jurídico, por lo que ni siquiera es necesaria su previsión; trátase de un delito de simple actividad), lo que, por supuesto, no es óbice para que la condición necesite estar especificada en el tipo –en el concepto con que nosotros lo empleamos–, porque así lo requiere el principio de legalidad en orden a la pena.

§ 257. ***CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO.*** – Por un lado, la exigencia que acabamos de mencionar y, por el otro, la afirmación de que las condiciones de punibilidad no tienen que estar presentes en la culpabilidad del agente (con lo cual el error respecto de ellas sería irrelevante para producir situaciones de inculpabilidad), ha dado pie a prolongadas discusiones en torno a cuáles pueden ser tales condiciones, particularmente en nuestro derecho penal.

En él algunos autores mencionan las siguientes: la tentativa o consumación del delito por parte del instigado para que sea punible el instigador (por aplicación de los principios de la instigación en la parte final del art. 45, C.P.); la tentativa o consumación del suicidio por parte del instigado en la instigación al mismo (art. 83, C.P.); la realización del duelo en casos de su instigación (art. 99, C.P.) y provocación (art. 100, C.P.); la producción de hostilidades o la guerra en los actos hostiles (art. 214, C.P.); la producción de la rebelión o sedición en los de reducción de tropa o usurpación de mando (art. 234, párr. 2º, C.P.); el daño en el servicio público en el abandono de servicio (art. 252, Cód. Penal).

Sin duda que esta enumeración es exagerada y en la generalidad de los casos propuestos el autor tiene que haber observado su conducta asumiendo voluntariamente la gestación del proceso causal que conduce al resultado indicado como "condición" (p.ej., en los arts. 45, 83, 234 y quizá 94 y 100) o de reconocimiento de los tipos agravados (p.ej., art. 219).

§ 258. ***CONDICIONES OBJETIVAS Y CONDICIONAMIENTOS PROCESALES.*** – Posiblemente han sido estas consideraciones las que han suscitado un fuerte escepticismo sobre la vigencia de tales condiciones de punibilidad en nuestro derecho penal. Parte de la doctrina argentina considera que las condiciones objetivas de punibilidad constatables en él son, en realidad, condiciona-

mientos procesales (presupuestos procesales, condiciones de procedibilidad) que no tienen directa relación con la reglamentación sustancial del delito (Jiménez de Asúa, Fontán Balestra, Terán Lomas), cuando ya hemos visto que operan, como condicionamientos de la punibilidad, en planos distintos. Otros, admitiendo la posibilidad de plantear la exigencia de las condiciones objetivas de punibilidad desde el punto de vista de la teoría general del delito (y del derecho comparado), niegan su existencia en el derecho argentino.

> Zaffaroni, haciendo referencia al modo proteico en que los tratadistas caracterizan las condiciones objetivas (como requisitos de perseguibilidad, elementos del tipo objetivo no alcanzados por el dolo, circunstancias extrañas a la conducta, requisitos de perseguibilidad con componentes objetivos marginados del tipo específico), señala que aquéllos "se nos esfuman en una serie de elementos heterogéneos", cuya pretensión de "existencia unitaria choca fuertemente con el principio de culpabilidad" y que, en verdad, algunos de los indicados con aquel carácter "son elementos del tipo objetivo que... deben ser abarcados por el conocimiento (dolo) o por la posibilidad de conocimiento (culpa)" en tanto que otros "son requisitos de perseguibilidad".

Aunque con relación a muchos de los ejemplos propuestos la negativa a considerarlos "condiciones objetivas" es razonable, creemos que queda por lo menos uno de ellos, en el que, sin tratarse de un caso de agravamiento, la punibilidad reclama una repercusión de la conducta en el mundo exterior que no tiene que estar comprendida en la culpabilidad, por tratarse en realidad de un delito de simple conducta, pero impune mientras no se dé esa repercusión. Nos referimos al ejemplo del abandono de servicio, en el que sí podemos constatar una "condición objetiva" en el derecho penal argentino. Quizá también pertenezca a la misma categoría el resultado previsto por el párr. 2º del art. 260 (malversación).

§ 259. ***CONSECUENCIA DE LA INEXISTENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.*** – Como ya lo hemos expuesto, la inexistencia de la condición objetiva requerida en el tipo-figura determina la impunidad del hecho, aunque, manteniendo él su carácter de hecho ilícito, sigue siendo base de la responsabilidad reparatoria en el orden civil.

§ 260. *Inexistencia de excusas absolutorias.* – En segundo lugar encontramos, en muchos casos típicos, impedimentos para la punibilidad que constituyen las llamadas *excusas absolutorias*, en los cuales el Estado prácticamente "renuncia" a ejercer en ellos el *ius puniendi* por consideraciones políticas; es decir: para cumplir finalidades que se consideran prevalecientes (p.ej., mantenimiento del orden familiar, reparación de la ofensa) respecto de la pena, en un caso dado se dispone no aplicarla a determinadas acciones antijurídicas y culpables que responden a la tipicidad. El examen de las excusas absolutorias pertenece a la teoría negativa del delito, por lo que la inexistencia de ellas es un presupuesto de punibilidad.

2) Condiciones procesales de imposición de la pena

§ 261. *La acción procesal penal.* – Siendo la pena *pública*, su imposición depende exclusivamente de la decisión de los organismos jurisdiccionales (jueces), sin que el acuerdo de partes pueda, en principio, cancelarla. Para que esa decisión se haga efectiva, es necesaria la realización de un proceso judicial en el cual se investigue la existencia y se juzgue si el hecho atribuido al autor constituye o no un delito. Ese proceso sólo puede ser puesto en movimiento por la *acción procesal*, que es el acto por el cual se demanda al órgano jurisdiccional la realización de aquellas actividades.

La concreta posibilidad de ejercer la acción procesal se convierte en otro presupuesto de imposición de la pena. Tal función está condicionada por factores que se refieren: a la habilitación del ejercicio de la acción para determinados organismos o personas; a la posibilidad jurídica de que ese ejercicio produzca el efecto de impulsar obligatoriamente el proceso penal.

§ 262. *Presupuestos procesales.* – Para que estemos en presencia de una acción que produzca efectivamente el efecto de promover el desarrollo del proceso, en algunos casos se requieren particulares condiciones, que son los presupuestos procesales y las condiciones de procedibilidad.

Los *presupuestos procesales* de que aquí hablamos no son los que se indican como tales en el derecho procesal, sino que se refieren a los requisitos que tiene que reunir una determina-

da persona, no para ser autor de la acción típica, sino para ser *autor punible de ella*. Hay casos en que una persona puede ser autor de una acción antijurídica y culpable adecuada al tipo, pero, por su calidad, el derecho detiene la posibilidad de que pueda ser penalmente perseguido por ella.

Aunque los ejemplos son muy discutidos y han producido intensos debates en la doctrina argentina sobre su carácter, pueden mencionarse los de limitaciones funcionales de aplicación de la ley penal (el caso de los legisladores por los escritos y discursos realizados en su función de tales) y el de la declaración de quiebra del quebrado para ser punido según los arts. 177 y ss., C.P. (que es el que más dudas ofrece). Pero no quedan comprendidos entre los presupuestos procesales los impedimentos de procedibilidad, que únicamente tienen el efecto de detener la acción hasta que se remueva el obstáculo que los constituye: necesidad de juicio político o enjuiciamiento de ciertos magistrados y funcionarios (presidente, gobernadores, legisladores, jueces, etcétera).

§ 263. ***Condiciones de procedibilidad.*** – Son las que indispensablemente deben mediar para que la acción procesal sea ejercida válidamente. Así ocurre con la declaración de divorcio por causa de adulterio para que se pueda ejercer la acción por el delito de adulterio (art. 74, párr. 1°, C.P.) y con la producción del acto de instancia (denuncia) por parte del agraviado (víctima, sujeto pasivo) o de su representante legal en los delitos dependientes de instancia privada (art. 72, C.P.), que por estar relacionados con el tema de la titularidad de la acción procesal estudiaremos a continuación.

§ 264. ***Clasificación de los delitos por las modalidades del ejercicio de la acción. Delitos de acción pública.*** – El ejercicio válido de la acción procesal depende también, por supuesto, de que haya sido ejercida por su titular, es decir por el órgano o persona habilitada por el derecho para promoverla e impulsarla en su desarrollo mediante el proceso.

La mayor parte de los delitos son los que se llaman *delitos de acción pública*. En ellos el titular de la acción es el ministerio público fiscal; el representante de dicho órgano tiene que ejercerla en todo caso en que se plantee la posibilidad de exis-

tencia de un delito, y contra todos aquellos sujetos que se sindiquen como partícipes (principio de legalidad procesal), sin poder dividirla (dirigiéndola contra determinados partícipes y no contra otros) ni renunciar a su ejercicio.

§ 265. ***Acción pública ejercitable de oficio y dependiente de instancia privada.*** – Pero no con referencia a todos los delitos el fiscal puede actuar de oficio, es decir, sin condicionamientos; cuando puede hacerlo, se dice que la acción pública es *ejercitable de oficio*. Hay otros delitos en los que, como hemos visto, el derecho condiciona la actividad del fiscal, requiriéndose, para que él pueda ejercer la acción, lo cual se ha denominado (no muy propiamente, si atendemos a los significados procesales) "acto de instancia", que esté constituido por la denuncia del hecho por parte del ofendido o de su representante legal si se trata de un menor o incapaz (son los delitos enunciados en el citado art. 72, C.P.); en esos casos –en tanto no se den las excepciones previstas en el art. 72, párr. 2°, en que la acción es ejercitable de oficio–, si no media dicho acto, el fiscal no puede promover la acción, pero producido aquél y ejercitada ésta, asume ella todas las características y efectos de la acción pública que hemos detallado en el parágrafo anterior. Éstos son los delitos de acción pública *dependientes de instancia privada*.

§ 266. ***Delitos de acción privada.*** – En otro pequeño número de delitos (los comprendidos en el art. 73, C.P.), el derecho, considerando del todo prevaleciente el interés privado sobre el público de reprimirlos, regula la acción como *privada*, que sólo puede ser ejercida por el ofendido –sin intervención del ministerio fiscal– y posee características procesales similares en varios aspectos a la acción procesal civil: es divisible (salvo en el caso previsto por el art. 74, C.P. –adulterio–) y renunciable (art. 59, inc. 4°, Cód. Penal).

§ 267. ***Efectos de la ausencia de las condiciones procesales de imposición de la pena.*** – Cuando falten las condiciones procesales requeridas para el ejercicio de la acción o su desarrollo procesal, sea por ausencia de las que acabamos de ver, sea porque la acción se haya extinguido a consecuencia de las

causales correspondientes que estudiaremos en la teoría negativa, al no poder actuar la jurisdicción para imponer la pena, el hecho quedará impune, sin perjuicio –como ocurre en la ausencia de las condiciones sustanciales– de que sobreviva el hecho ilícito como factor de responsabilidad reparatoria.

G) Concurrencia de varios delitos de un mismo agente (concurso de delitos)

§ 268. ***Hipótesis.*** – Hasta ahora hemos examinado los elementos del delito atendiendo a la hipótesis más simple: un autor que comete un hecho encuadrable en la descripción de un tipo penal. Cuando los agentes del delito son varios, tendremos un caso de extensión del tipo (participación), que estudiaremos aparte. Pero puede ocurrir que un mismo sujeto realice una actividad o una secuencia de actividades encuadrables en varios tipos penales; ésas son las situaciones que nos plantean las cuestiones de concurrencia de delitos, que se dan en dos hipótesis básicas: *unidad de hecho con pluralidad de encuadramientos típicos* y *pluralidad de hechos del mismo agente*.

1) Unidad de hecho con pluralidad de encuadramientos

§ 269. ***Concepto de unidad de hecho.*** – Lo primero que hay que aclarar es qué se entiende por *unidad de hecho*. Lógicamente no se plantea el problema de concurrencia cuando con una acción única se ataca un bien jurídico único (Pedro mató a Juan), sino cuando la acción única se convirtió en ataque contra distintos bienes jurídicos (el explosivo hecho detonar en un concurrido mercado que mata a varias personas) o cuando con varias acciones constituidas en "unidad contextual" se ataca el mismo bien jurídico (las distintas lesiones infligidas a la misma persona en un mismo contexto de hecho). De las menciones que acabamos de formular se deduce, sin esfuerzo y *ab initio*, que para determinar si se está ante una pluralidad o ante una unidad de hechos, no interesa en principio la unidad o pluralidad de *movimientos* que realiza el autor para completar su conducta típica.

§ 270. ***DETERMINACIÓN DE LA UNIDAD DE HECHO. CRITERIOS EN LA DOCTRINA.*** – Para determinar si en las circunstancias que hemos expuesto existe o no unidad de hecho, en la doctrina penal han aparecido distintos criterios. Un *criterio subjetivo* atiende predominantemente a la unidad de finalidad del autor: si éste quiso una lesión única de un bien jurídico, otras lesiones a otros bienes jurídicos producidos por su hecho se confunden en éste, formando unidad. Aplicación de este criterio es la formación de unidad de hecho del *delito medio con el delito fin* aunque ambos hubieran sido perpetrados con distintas actividades en diferentes momentos (p.ej., hurtar un camión para transportar mercadería que se ha de hurtar al día siguiente en un supermercado). Las exageraciones de impunidad a que podía conducir una aplicación estricta del criterio subjetivo llevó a la doctrina a propugnar *criterios objetivos* de distinción.

Para algunos lo que determina la unidad de hecho es exclusivamente la unidad de acción: si una es la acción productora de distintos resultados que atacan distintos bienes jurídicos, el hecho es único (de más está decir que el concepto de acción empleado para llegar a tal solución, pretendía ser puramente "objetivo").

Sin salir del criterio objetivo, aparece la que se ha denominado *regla del exceso de dolo*, entendiéndose que dicho exceso no multiplica los hechos cuando las varias lesiones "jurídicas" que se han producido son naturalmente inseparables (una lesión importa necesariamente las otras por el modo de ella: la violación sexual llevada a cabo en un lugar público que importa conjuntamente un atentado a la libertad sexual –art. 119, C.P.– y al pudor público –art. 129, C.P.– constituye "un hecho"). También dentro del criterio objetivo se acude al concepto de *hecho natural*: para determinar la unidad o pluralidad de hechos, hay que atender "a lo que ha realizado el autor en el mundo circundante"; si con una sola acción (detonar un explosivo) ha causado distintas transformaciones de ese mundo (varias muertes), tendremos hechos plurales; si con varias "acciones" se ha producido una sola variación del mundo exterior, estaremos ante un hecho único (p.ej., un engaño estafatorio en que el autor invoca falsos títulos en un momento y después, ante un distinto sujeto, influencia mentida –art. 172, C.P.–, pero que pro-

duce "un" perjuicio económico a una víctima, lo cual es muy común en tipos con pluralidad de hipótesis).

Si tenemos en cuenta lo que es la acción en sentido jurídico, parece difícil conformarse con uno u otro criterio, aplicados cada uno de ellos de manera absoluta.

Se han ensayado, por tanto, soluciones a las que podemos calificar de *objetivo-subjetivas*. Con ese criterio se sostiene que hay unidad de hecho aunque se presente una pluralidad de bienes jurídicos afectados cuando tal plural afectación constituye lo que se denomina *unidad social de sentido*, si como tal es perseguida finalmente por el autor, es decir cuando la afectación plural la procura como unidad (Welzel), dicha "unidad social de sentido" está acuñada en los tipos penales y, en resumidas cuentas, significa que la acción que puede quedar insertada en tipos distintos, es socialmente considerada como un hecho, aunque sea ella "separable" (p.ej., el que penetra en un domicilio para hurtar viola el domicilio –art. 150, C.P.– y a la vez hurta –art. 162, C.P.– pero "socialmente" no se trata de dos hechos, sino de uno solo, aunque puedan separarse las acciones).

En realidad, descartadas las teorías puramente subjetivas y en las objetivas la de la "acción única", la aplicación de cualquiera de las otras produce prácticamente los mismos efectos. En general (salvo en pocos casos muy específicos), en todas ellas las soluciones de si varias acciones constituyen un hecho o si una acción puede constituir varios hechos son similares.

§ 271. *La unidad de hecho en la doctrina argentina.* – Las soluciones que a lo largo de la vigencia de nuestro Código Penal trajeron la doctrina y los fallos, recorrieron casi todos esos caminos. Sobre todo en la jurisprudencia las soluciones fueron de lo más dispares y casi siempre respondieron a los más variados criterios prácticos. Ni siquiera el peso dogmático de Soler logró unificar las soluciones en base a la regla del exceso de dolo (inseparabilidad natural o jurídica de las lesiones) que él defendió. Quizás haya tenido mayor éxito la tesis propuesta por Núñez, quien, argumentando a partir de la intelección del art. 54, C.P., trae a la doctrina argentina el concepto natural de hecho que "no se determina por la unidad de acto típico", sino por el "quehacer objetivo del autor" y que "alude a la unidad de lo que el delincuente ha realizado o hecho en el mundo real". La unidad de hecho frente

a varios actos del autor se determina por la unidad de contexto (unidad de tiempo y lugar de la ejecución) y por la unidad "personal" de los bienes jurídicos violados. Varios actos en unidad de contexto que violan un bien jurídico (inferir varias puñaladas a la misma víctima), constituirán un hecho; un acto con el cual se violan distintos bienes jurídicos al mismo tiempo constituirán hechos plurales (el que con un mismo disparo mata a dos personas).

Para Zaffaroni, desde el ángulo de su realismo, ésta es una solución que "rompe la más elemental vinculación con lo óntico". Para él, en el contexto de los arts. 54 y 55, C.P., un hecho es *una* acción y no *un* resultado. Cuando con una acción se producen distintos resultados, aunque recaigan sobre bienes jurídicos distintos, se estará ante un hecho único. El problema estriba en determinar cuándo se puede decir que hay un hecho –lo que es lo mismo que decir una acción–, si es que el autor realiza varios movimientos (actos); para que entonces se dé un hecho se requiere la reunión de dos factores; un factor final: que el autor haya perseguido con ellos un plan común (unidad de resolución), y un factor normativo, que constituya los varios actos en una unidad de disvalor, lo cual aparece en los tipos que admiten una pluralidad eventual de movimientos (estafar invocando falsos títulos e influencia mentida) o que requieren expresamente la pluralidad de movimientos (violar sexualmente: violentar y acceder carnalmente), en los tipos en que otro delito aparece como elemento subjetivo (matar para robar), cuando un tipo se cumple como etapa de agotamiento de otro (falsificar y estafar con el instrumento falsificado), en delitos que requieren o admiten un medio simbólico (injurias en una conversación) y en los casos de delitos permanentes y continuados.

Sin duda alguna en estos casos la ley impone la unidad de hecho, pero la cuestión reside en los otros, es decir, en aquellos en que tal unificación falta; cuando ello ocurra, aplicando estrictamente la tesis así expuesta, tendríamos que llegar a la conclusión de que para que haya un hecho tiene que haber un acto (movimiento, dice Zaffaroni), que no puede existir un hecho compuesto por distintos actos si no están ellos típicamente unificados.

Quizá sea esta consideración la que lleva a Bacigalupo a motejar tal solución como un criterio poco preciso y a adoptar, por su parte, una actitud con matices de escepticismo, conformándose con exigir "cierta continuidad y una vinculación interna de los distintos actos entre sí", entendiéndose por esto último "que el autor haya querido *inicialmente* la pluralidad", aunque para ello bastaría la "unidad de la situación de motivación", fundamento proteico en el que pueden caber las más variadas soluciones.

Desprendidos de la preocupación por respetar un concepto real (prejurídico) de acción, seguimos suscribiendo el concepto natural de hecho como base de unificación de varios actos para determinarlos como un delito, sin perjuicio de los casos en que son los mismos tipos los que imponen la unidad.

Resuelta la cuestión de qué se entiende por *hecho único*, pasaremos a ver ahora cuáles son las hipótesis de *unidad de hecho con pluralidad de encuadramientos*, es decir de un hecho captable por distintos tipos.

§ 272. *CONCURSO DE LEYES O CONCURSO APARENTE DE DELITOS.* – En primer lugar el encuadramiento plural se reduce a un encuadramiento único (por eso se dice que el concurso es sólo "aparente"), cuando uno de los tipos en juego desplaza a los otros, con lo cual únicamente queda vigente el tipo desplazante. Dicho desplazamiento puede fundamentarse en distintas motivaciones pròcedentes de las mismas consideraciones de las tipicidades que, a su vez, constituyen los principios que rigen las relaciones de desplazamiento.

Hay que admitir, como veremos al examinarlos, que la doctrina es bastante vaga en la fijación de tales principios, lo cual explica –aunque no justifica– el escepticismo con que la enfrentan algunos tratadistas contemporáneos, tachando el tema de la delimitación como cuestión "discutida y sin ninguna esperanza" (Stratenwerth, Bacigalupo).

Dichas relaciones de desplazamiento se pueden producir:

a) *POR ESPECIALIDAD.* El tipo especial desplaza al tipo general, lo cual ocurre, por ejemplo, en los delitos en que hay relaciones de tipos básicos a derivados (los homicidios calificados desplazan al homicidio simple) o de tipos específicos respecto de tipos más genéricos (las formas de defraudación por "engaño" del art. 173, C.P., desplazan a la "estafa" del art. 172, Cód. Penal).

En general se reconoce que el tipo especial desplazante es aquel que, conteniendo los elementos del general que desplaza, enuncia una forma específica de lesión del bien jurídico (Bacigalupo). Siempre hay una relación conceptual de subordinación entre los tipos (Zaffaroni). Si bien todos están conformes en reconocer que la relación de especialidad se da entre tipos bási-

cos y calificados (agravados o atenuados), algunos incluyen casos que, para otros, están en relación de subsidiariedad determinada por la cláusula "si no resultare otro delito más severamente penado" (Zaffaroni).

b) *Por alternatividad.* Un tipo que se refiere a la misma acción que otro, lo desplaza cuando se dan las particulares circunstancias que él enuncia respecto de dicha acción (p.ej., tanto el hurto como la apropiación indebida de un tesoro constituyen un apoderamiento de "cosa ajena" –el tesoro pertenece parcialmente al propietario del terreno donde se lo halla–, pero si el apoderamiento recae sobre un "tesoro", la apropiación indebida del art. 175, inc. 1°, desplazará al hurto del art. 162).

Se dice que en estos casos la aplicación de los tipos es alternativa, porque la aplicación del uno excluye la del otro (Núñez), pero siempre hemos tenido nuestras dudas sobre la autonomía de esta especie de relación, pues a diferencia de lo que ocurre en la anterior, no se trata exactamente de un mismo ataque al bien jurídico con modalidades diferentes, sino de ataques sustancialmente diferentes. Por ello hemos pensado que los casos de alternatividad ni siquiera alcanzan a presentarse como una "apariencia" de concurso. Para Zaffaroni la alternatividad no es un principio autónomo, sino que "es la resultante de la aplicación de los otros principios".

c) *Por subsidiariedad.* El delito considerado subsidiario se aplica en cuanto no se dé el tipo de otro distinto, que se refiera a acciones de la misma naturaleza. Las razones de desplazamiento por subsidiariedad pueden obedecer a distintas circunstancias: *1*) que el tipo desplazante asigne mayor pena a la misma acción del tipo desplazado cuando quede comprendida en él, lo cual normalmente depende de una previsión expresa de la ley, en cuyo caso se denomina *subsidiariedad expresa* (p.ej., el art. 150, C.P., pune la violación de domicilio, pero la ley lo considera aplicable siempre que no "resultare un delito más severamente penado", por lo que si el domicilio se viola en la perpetración de un hurto con escalamiento, según el art. 163, inc. 4°, C.P., este tipo desplaza a aquél); *2*) o que la acción concretamente prevista en un tipo pueda quedar comprendida entre acciones posibles de otro tipo, en cuyo caso aquel tipo desplazará a éste (p.ej., el abuso de autoridad del art. 248, C.P., quedará desplazado por el tipo del art. 144 *bis*, inc. 1°, si

el abuso consistió en privación ilegítima de libertad; la falsificación por supresión del art. 294, C.P., quedará desplazada por el tipo del art. 255, C.P., si la supresión recayó sobre un documento confiado a la custodia de un funcionario en interés del servicio público), tratándose, entonces, de los casos de *subsidiariedad tácita.*

Si bien para nosotros no ofrecen dudas los casos de *subsidiariedad expresa* y en ellos, a diferencia de los de especialidad, la impunidad del tipo principal (eventualmente desplazante) no excluye la punibilidad del subsidiario (Núñez), aunque ya vimos que Zaffaroni los coloca entre los casos de especialidad, seguimos teniendo reparos para aceptar la llamada subsidiariedad tácita como relación de desplazamiento autónoma (los ejemplos posibles pueden resolverse por la vía de la especialidad), lo cual no deja de ser importante, porque la relación entre los tipos en cuanto a la punibilidad no asume las mismas características que en la subsidiariedad expresa (la impunidad del tipo eventualmente desplazante por lo general determinará la de la acción prevista por el tipo subsidiario).

Se ha dicho que las hipótesis de subsidiariedad tácita se dan cuando los tipos penales en juego no implican "sino una ampliación de la protección penal de un bien jurídico a estadios previos respecto de la lesión del mismo bien jurídico" (p.ej., la falsificación de moneda desplaza al delito de tenencia de instrumentos para falsificar) (Bacigalupo). Para Zaffaroni esta relación existe cuando "hay una progresión en la conducta típica en la que la punibilidad de la etapa más avanzada mantiene interferida la tipicidad de las etapas anteriores": la consumación interfiere la tentativa; la tentativa interfiere el acto preparatorio punible. Sin embargo, para nosotros, éstos son casos de consunción.

d) *Por consunción.* La acción de un tipo queda englobada en la más amplia de otro; una acción imperfecta referida a un tipo se reduce dentro de la acción perfecta lograda como desarrollo de aquélla. En esos casos el tipo englobante desplaza al englobado (p.ej., quien fractura la pared de un lugar habilitado para perpetrar un robo lleva a cabo una acción de daño, incurriendo en la tipicidad del art. 183, C.P., pero ese tipo queda desplazado –consumido– por el robo calificado del art. 167, inc. 3°, C.P.) y la acción perfecta a la imperfecta (la tentativa de homicidio queda desplazada por el homicidio consumado, el acto de instigación por la intervención en coautoría en el delito instigado).

Ya vimos que para parte de la doctrina las infracciones progresivas, incluida la progresión de lo imperfecto a lo perfecto, van a parar a la relación de subsidiariedad. En lo que todos están de acuerdo para colocarlos dentro de la relación de consunción es en los llamados *hechos co-penados*, siempre que sean concomitantes a la acción (el daño en el robo con efracción, la lesión constituida por la rasgadura del himen en la violación, etcétera). Se discute la viabilidad de la solución en el caso de los *hechos posteriores co-penados* (el uso del documento falsificado por el falsificador, la destrucción de la cosa hurtada; aclaramos que el ejemplo de Zaffaroni –retención indebida de cosa obtenida mediante estafa–, no es propio de nuestro derecho, porque la retención indebida del art. 173, inc. 2°, C.P., requiere que el autor tenga la cosa por un negocio jurídico); pero si ellos no importan más que el despliegue de la conducta inicial y no significan un nuevo ataque al bien jurídico distinto del constituido por aquélla, no hay duda de que tienen que ser considerados como tipos desplazados. Núñez incluye aquí los casos de gravedad progresiva (las lesiones infligidas a una persona quedan consumidas por el homicidio cuando se producen en el mismo contexto de hecho); sin embargo, el tema se puede resolver por el principio de consunción, dada la relación de acción perfecta a acción imperfecta.

En todos estos casos, los encuadramientos plurales –en tipos distintos– constituyen una posibilidad "abstracta"; concretamente, el hecho único queda encuadrado en uno sólo de los tipos en juego: el que opera como *desplazante*.

§ 273. *Concurso ideal.* – Hay otros casos en que el hecho único puede ser efectivamente encuadrado (a la vez) en distintos tipos que, por no desplazarse entre sí, todos ellos resultan aplicables (p.ej., el que emplea un documento privado que ha falsificado para perpetrar una estafa, con el mismo hecho adecua su conducta a dos tipos que se aplican conjuntamente: el del art. 292 y el del art. 172, Cód. Penal). Estamos, entonces, ante el *concurso ideal* (también llamado *formal*).

Una vez determinado que se está ante un hecho único encuadrable en distintos tipos, el problema que plantea el concurso ideal es el de la pena; ¿qué pena se aplica, ya que los distintos tipos en que se encuadra el hecho registran penas distintas? En principio en la legislación comparada la punibilidad del concurso ideal se rige por el llamado principio de la *absorción*:

se aplica la pena correspondiente al tipo más grave, entendiéndose por tal el que prevé mayor pena, sea por su intensidad, sea por su calidad (especie). Éste es el principio que sigue nuestra legislación: se aplica la pena correspondiente al tipo que prevé la más grave, aunque con un giro que da lugar a distintas cuestiones, puesto que habla de "pena mayor" ("Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor" –art. 54, Cód. Penal–).

Para determinar cuál es la pena mayor, hay que considerar dos situaciones diversas: si las penas de las diferentes disposiciones son de la misma naturaleza, en primer lugar pena mayor es la pena de máximo superior; si los máximos son iguales, la que presenta el mínimo mayor; si tanto los máximos como los mínimos son iguales, pena mayor será la de aquella disposición que prevé una pena conjunta; si las penas son de distinta naturaleza, pena mayor será la de naturaleza más grave, según el orden establecido por el art. 5º, Cód. Penal. La pena mayor se aplica en toda su extensión, es decir, no solamente la pena principal más grave, sino también las penas conjuntas y las consecuencias accesorias que correspondan a ella.

2) Pluralidad de hechos cometidos por el mismo agente

§ 274. *Concurso real.* – Cuando un mismo agente ha llevado a cabo varios hechos típicos distintos –o sea, que no están unidos en *un* hecho según los criterios expuestos precedentemente– tenemos el *concurso real*, también denominado *material*. A diferencia de lo que ocurre con el concurso ideal (que sólo se plantea como problema cuando es heterogéneo), el real puede ser homogéneo (varios hechos encuadrables en el mismo tipo penal, p.ej., varios homicidios) o heterogéneo (cuando los varios hechos encuadran en tipos diferentes, p.ej., un hurto, una estafa, un secuestro extorsivo).

En cuanto problema jurídico-penal el concurso real arranca de una cuestión procesal: al ser juzgado contemporáneamente (la reincidencia que requiere un delito cometido posteriormente a una sentencia firme de condena bloquea la consideración del concurso real) por distintos hechos –en un mismo proceso–, ¿qué pena se le puede imponer?, ¿se deben simplemente "sumar" las penas de los distintos delitos (sistema de *acumulación*

puro)?, ¿o se debe "componer" una pena especial, que tome en cuenta la pluralidad de hechos (sistema de la *composición* o de la *acumulación jurídica*)?

El sistema argentino es el siguiente: si los tipos que están en juego traen todos ellos penas divisibles de igual especie (p.ej., todas son penas de prisión temporal) el mínimo de pena aplicable al concurso es el *mínimo mayor* –aunque pertenezca a un tipo cuyo máximo de pena sea inferior a los de los otros– y el máximo es el que resulta de sumar las distintas penas hasta un tope que será el establecido por el máximo de la especie de pena de que se trate (p.ej., el máximo de la pena divisible privativa de libertad es el de veinticinco años –art. 79, C.P.–, la pena máxima del concurso no puede superar ese límite) (art. 55, Cód. Penal). Si concurren tipos con penas de prisión y reclusión, "se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor" (art. 56, párr. 1º, Cód. Penal).

> No obstante la aclaración del art. 57, C.P., se mantiene el debate sobre el sentido dogmático de esa expresión de la ley, que las sucesivas reformas han respetado. Para unos la pena aplicable es la más grave, tomándose las penas menos graves correspondientes a los otros tipos como pautas de individualización de ella. Para otros, siendo la pena más grave la de reclusión, será ésta la que se debe aplicar, "aumentada mediante la conversión a ella de la pena de prisión según la equivalencia del art. 24 del Cód. Penal" (Núñez).

Si concurren penas privativas de libertad no divisibles con penas divisibles, se aplica la pena indivisible, salvo que la pena indivisible de prisión perpetua concurra con la de reclusión divisible, en cuyo caso el concurso será punido con reclusión perpetua (art. 56, párr. 2º, Cód. Penal).

Si algunos de los tipos prevén penas de inhabilitación o multa, éstas se aplican siempre, sumándose a la pena privativa de libertad que resulte según las reglas anteriores; es decir, siguen manteniendo su autonomía, sin perjuicio de la aplicación del art. 55, para resolver la acumulación jurídica entre ellas (art. 56, párr. 3º, Cód. Penal).

§ 275. ***Unificación de penas.*** – Ya vimos que, en principio, los problemas de concurso real se plantean efectivamente cuando los distintos hechos atribuidos a un agente se juzgan en

el mismo proceso, mas cuando ellos han sido o son juzgados en procesos diferentes, se presenta lo que en nuestra doctrina se denomina *unificación de penas*, tema regulado por el art. 58, C.P., cuya inhábil redacción ha dado lugar a largos debates sobre su interpretación.

En resumen, dicha reglamentación sería la siguiente: pueden presentarse dos hipótesis de unificación de penas: *a*) que el sujeto que cumple una pena, durante el lapso de cumplimiento cometa un nuevo delito y entonces el juez que juzga este último, tiene que unificar la pena que le asigna con la impuesta anteriormente, aplicando las reglas de los arts. 55 y 56, C.P.; *b*) que el sujeto haya sido juzgado por los diferentes hechos en distintos tribunales, llegando a registrar de ese modo varias sentencias condenatorias, cuando –de haber sido posible– debió haber sido juzgado en un mismo proceso por todos aquellos hechos; en tal caso el juez que aplicó la "pena mayor" entre todas las aplicadas en los distintos procesos, es el que tiene que unificar, también según las reglas que rigen el concurso real.

> Las muchas cuestiones que rondan en torno a la interpretación del art. 58, C.P., no pueden ser materia de un trabajo de exposición de la teoría general, sino de comentario de la ley o de monografías específicas, que, por nuestra parte, hemos realizado (*Unificación de penas*, en "Cuestiones penales").

§ 276. ***Delito continuado.*** – También se presenta en el derecho penal una hipótesis de pluralidad de hechos en la que la punibilidad se establece como si fuese un hecho único. Se diferencia del concurso ideal porque en él los distintos hechos responden a una homogeneidad típica y del concurso real porque los distintos hechos no se presentan como independientes.

Es el *delito continuado*, constituido por hechos plurales (discontinuos, lo que aleja el supuesto de la permanencia), que son "dependientes" entre sí. Tales hechos plurales, considerados autónomamente, tienen todos ellos idoneidad típica, lo cual significa que, de no conjugarse en el delito continuado por su dependencia, podrían constituir una hipótesis de concurso real. Sin embargo, para que los plurales hechos resulten dependientes, tienen que asumir, como dijimos, un determinado grado de *homogeneidad*, referido a la tipicidad, lo cual implica

homogeneidad de bienes jurídicos afectados y homogeneidad de las "formas" del ataque a ellos, es decir, de las distintas acciones. En cuanto a lo primero, el bien jurídico afectado por cada uno de ellos tiene que ser de la misma especie (p.ej., no puede darse delito continuado con un hecho que afecta el honor y otro que afecta la libertad); en cuanto a lo segundo, si bien no se requiere que todas las acciones se adecuen estrictamente a un mismo tipo, sí se requiere que, por lo menos, se trate de acciones con "formas comunes" de varios tipos (varios hurtos pueden constituir un delito continuado de hurto, pero un hurto puede "continuarse" con un robo con fuerza en las cosas, porque tanto el art. 162 como el art. 164, C.P., construyen sus figuras en torno del apoderamiento ilegítimo de cosa ajena; con lo que no podrá "continuarse" será con una defraudación, porque si bien las figuras de los arts. 172 y ss. del C.P. protegen asimismo la "propiedad", requieren otras formas de acción: lograr la cosa con engaño, abusando de su tenencia, etcétera).

Ya hemos advertido que otro de los presupuestos del delito continuado es que los distintos hechos que lo constituyen sean "discontinuos", es decir, que tienen que estar temporalmente separados, asumir "consumaciones" independientes, no darse como prolongación de una misma consumación producida en el tiempo sin solución de continuidad, porque ésa es la hipótesis del *delito permanente*. El problema crucial que propone a la doctrina el delito continuado es el de determinar –sin perjuicio del requisito de la homogeneidad al que nos hemos referido– cuándo los distintos hechos son *dependientes entre sí* de tal modo que pasen a integrarlo reduciendo su autonomía.

Inicialmente se parte de un *criterio subjetivo*: la unidad de designios del autor (el cajero del banco que, decidido a reunir una determinada cantidad de dinero, lo procura sustrayendo sumas menores de la caja en distintas oportunidades). Pero, si nos conformásemos con ese criterio para determinar la dependencia, otorgaríamos al autor la injusta oportunidad de unir con su designio los hechos más dispares, merecedores de la pena del concurso, y no de la de un solo delito, por lo cual tenemos que completarlo con *criterios objetivos*; precisamente, en torno –como resultado– del requisito de la homogeneidad

desde el punto de vista de la acción, se habla de la vinculación de los distintos hechos a una misma "empresa delictiva", lo cual no depende exclusivamente del designio del autor, sino también de circunstancias objetivas que condicionan la adecuación de los distintos hechos dentro de aquel concepto, como es la unidad de bien jurídico atacado, para lo cual no bastará la analogía de los bienes afectados por los distintos hechos, sino la identidad del titular (no puede haber continuación entre el hurto perpetrado hoy contra Juan y el perpetrado mañana contra Pedro, por más que su autor los haya unido con un designio común) y, por lo menos, que los objetos materiales de los distintos hechos pueden considerarse componentes de una "universalidad natural" (el hurto por el empleado de la máquina de la oficina no se puede continuar con el hurto de la cartera que un compañero de trabajo ha dejado en su escritorio).

Pero ambos criterios de dependencia tienen que presentarse reunidos para que se pueda hablar de continuación (la circunstancia de que el autor haya actuado con el designio de equipar un taller, no hace dependientes el hurto de llaves a Juan, de una fresadora a Pedro y de una morza a Esteban, aunque todos esos objetos vayan a parar a la "universalidad del taller"; la circunstancia de que el autor haya actuado con el designio de formar un plantel de cincuenta vacas de cría no hace dependientes los hurtos de diez cabezas a Simón, veinte a Timoteo y veinte a Facundo, pero todos esos hurtos pueden ser dependientes entre sí, pasando a integrar un delito continuado, si el autor forma el taller apoderándose de varias herramientas, en distintas oportunidades, en la fábrica donde trabaja, o el plantel de cría lo forma con hacienda que va sacando poco o poco de un mismo sujeto pasivo).

Aunque paulatinamente la doctrina va logrando una construcción bastante coincidente del delito continuado –que en nuestra legislación está reconocido (art. 63, C.P., aunque allí viene confundido con el delito permanente; para Núñez la unidad delictiva alcanza jerarquía legal por exclusión de los concursos real e ideal)– no puede decirse que se dé un acuerdo total.

Por ejemplo, tenemos que reconocer que la identidad de titular del bien jurídico afectado por los distintos hechos no es ya considerada como requisito de continuación, salvo en el caso de que se trate de bienes personales o, mejor dicho, personalísimos,

como la vida, la salud, la libertad, el honor. Sin embargo, creemos que respecto de los otros bienes, como la propiedad, la carencia de identidad del titular, en la mayoría de los ejemplos que se aducen, nos pone en presencia de concursos donde la pretendida unidad termina confiándose al puro aspecto subjetivo del autor. Es más, muchas veces en que el bien jurídico dogmáticamente no se puede adscribir a una forma determinada, como en el caso de la fe pública, se ha requerido la identidad del sujeto sobre el que recae la acción (así, p.ej., en el cheque sin fondos, art. 302, inc. 1°, C.P., se ha considerado que puede haber continuación siempre que los varios cheques sin fondos, librados en distintas oportunidades, hayan sido dados al mismo "acreedor") (Núñez).

Los casos de continuación sin identidad del titular del bien jurídico serían muy excepcionales, como en los supuestos del "delito masa", de que nos hablan los españoles. En cuanto a la homogeneidad típica, la doctrina o parte de ella la señala como *identidad de tipo básico*, lo que no se vería desconocido por el grado que haya alcanzado la comisión (puede haber continuación entre un hecho consumado y un hecho tentado), ni se quiebra cuando la unificación se produce entre hechos que se integran en tipos básicos y tipos derivados, a menos que el tipo derivado constituya una forma de ejecución distinta (p.ej., no puede haber continuación entre el hurto de una lapicera y el hurto de una cabeza de ganado) (Núñez) o afecte bienes de distinta naturaleza (no se daría continuación entre el hurto y el robo con violencia en las personas, ya que esto último afecta otros bienes jurídicos además de la propiedad) (Bacigalupo).

Para evitar esas salvedades, preferimos referirnos a la homogeneidad de las "formas" típicas de las acciones.

Alguna doctrina agrega otros requisitos que. en realidad, pueden quedar comprendidos en los ya expuestos, como el de cierto grado de similitud exterior de los distintos hechos y de cercanía temporal y espacial entre ellos (Bacigalupo).

Núñez nos advierte que no puede haber divorcio entre el designio unitario del autor y la objetividad de la pertenencia de los hechos a una misma empresa delictiva; el designio de comunidad unifica cuando recae sobre los delitos que como tales pueden considerarse, lo que ocurre cuando los distintos hechos aparecen como partes de un mismo contexto delictivo (sustraer las cosas en forma fraccionada); o son secuelas de una misma conducta delictiva (los varios accesos en un estupro); o integran una misma trama delictiva (sustracción de energía eléctrica de la misma instalación, repetición de la injuria contra la misma persona); o hay una "relación de servidumbre" de hechos posteriores a hechos

anteriores, ya que aquéllos tienden a mantener los efectos de éstos u ocultarlos (sucesivas sustracciones para disimular un déficit de caja).

III. TEORÍA NEGATIVA DEL DELITO Y DE LA PENA

A) GENERALIDADES

§ 277. *ESTRUCTURA DE ESTA TEORÍA EN EL DERECHO ARGENTINO.* – Ha quedado de manifiesto en la anterior exposición, que el reproche que el derecho formula sobre una determinada conducta para poner a cargo de su autor las consecuencias que implican la responsabilidad, se estrecha grandemente en el derecho penal, ya que siendo en él la pena esa consecuencia y estando ella dirigida a la personalidad misma de aquél (aunque repercuta sobre atributos no personalísimos, como es el patrimonio, según ocurre con la pena de multa), el reproche requiere que el autor, en el momento de realizar la conducta, haya sabido lo que hacía y haya podido hacer algo distinto de lo que hizo.

Hemos visto que en nuestra ley penal ese requerimiento procede del art. 34, inc. 1º, C.P., según el cual el agente tiene que haber comprendido la "criminalidad" de su acto y haber "podido dirigir sus acciones". Dichas relaciones tiene que permitirlas la capacidad general del sujeto (imputabilidad) y haber sido constatadas con referencia al concreto hecho de que se trate ("formas" de la culpabilidad).

No se puede decir que el autor ha sabido que hizo algo "criminal" cuando creyó hacer lo "no criminoso" por *error* o *ignorancia*, o cuando las deficiencias de su capacidad de comprensión no le permitían alcanzar dicho conocimiento. Se distinguen, de tal manera, dos supuestos distintos de negación del delito: uno, basado en la creencia errónea, pero formada dentro de percepciones desarrolladas "normalmente" por el autor respecto de su obra; el otro, apoyado en las dificultades que le obstaculizan asumir esas percepciones en la medida necesaria para "comprender" su obrar o para "manejarse" según ellas; en este último supuesto la ausencia de delito queda determina-

da por la "incapacidad del sujeto para ser culpable" y es esa incapacidad la que se opone a la formulación del reproche sobre su conducta; estamos, pues, ante el caso de *inimputabilidad*, en tanto que en el otro, la negación del delito proviene de la circunstancia de que el autor –imputable– no obra "reprochablemente", ya que no asumió la conducta adecuada al mandato por no saber que realizaba la prohibida; nos hallamos, entonces, con un imputable que *no es culpable*.

Pero no siempre el que sabe que hace algo criminoso (típicamente antijurídico) puede actuar en forma distinta, o, pudiendo hacerlo, el derecho no le exige que lo haga.

Con todo, previamente es necesario haber distinguido el supuesto de no poder actuar de otra manera de los supuestos de *no haber hecho* lo criminoso, o sea de aquellas situaciones en que la acción no es "obra" del autor (de su personalidad) o en las que el sujeto no puede ser considerado autor por no haber obrado. En este último caso la acción "criminosa" no puede ser relacionada con el sujeto. En aquél se dice que la acción no es obra de él, sea porque en el momento del hecho careció totalmente de voluntad para actuar de acuerdo con un conocimiento, sea porque físicamente, de un modo irresistible para él, se lo ha forzado a hacer u omitir, por lo cual no se puede decir que sea él quien actuó u omitió; éstos son los casos que prevé expresamente la ley en el art. 34, inc. 2º, C.P., al hacer referencia al que "obrare violentado por fuerza física irresistible". En todas estas hipótesis falta la acción del sujeto que se indica como autor.

Mas, como advertimos, no siempre el derecho exige al autor que actuó sabiendo lo que hizo, conociéndolo como "criminal", y teniendo la posibilidad de actuar de otra manera, que lo haga según ésta; en otras palabras, no le reprocha su elección de lo prohibido; esa ausencia de reproche jurídico se da cuando el autor se ha enfrentado a la "amenaza" de sufrir un mal grave e inminente, procedente de una persona que lo coacciona, o entrañada como peligro originado en circunstancias de hecho en las que actúa (art. 34, inc. 2º, C.P.) o en las consecuencias que el mismo derecho pone a su cargo (obediencia debida, art. 34, inc. 5º, Cód. Penal). Si bien en estas hipótesis el sujeto puede elegir entre cometer el delito para alejar el peli-

gro que amenaza sus bienes jurídicos, o soportar el eventual menoscabo de éstos no cometiendo el delito, el derecho no le reprocha que opte por lo primero, considerando que no puede imponerle una conducta que no encuadra en la "normalidad" del actuar humano. Tenemos, pues, también un autor imputable que *no es culpable*, ya que no se pone a su cargo el hacer prohibido o el omitir lo debido.

Estructuralmente no puede "haber delito" cuando el sujeto que sabe lo que hace y actúa de acuerdo con ese conocimiento, ataca un bien jurídico cuando está jurídicamente autorizado para hacerlo. Se dice que en esos casos procede justificadamente, porque la conducta queda cubierta por *las causas de justificación* (art. 34, incs. 3º, 4º, 6º y 7º, C.P.), que, aunque reguladas específicamente por la ley penal, pertenecen, como vimos, a la teoría general del hecho ilícito. Cuando se presenta una de ellas, en principio no tiene que importarnos si el sujeto actuó o no culpablemente –ya que no tenemos nada prohibido que reprocharle–; sin embargo, al exponer la teoría negativa del delito veremos que la dirección subjetiva del agente hacia lo permitido o autorizado (querer hacer lo permitido) adquiere vigencia desde un doble ángulo: en la consideración estructural de las mismas justificantes y en la teoría del error.

Por fin, como lo hemos explicado al hablar de las condiciones de punibilidad, hay hipótesis en que un sujeto capaz que actuó antijurídica y culpablemente de acuerdo con el tipo penal, no puede ser sancionado con la pena por no registrarse determinados requisitos para su imposición (*ausencia de condiciones objetivas de punibilidad*), o porque el derecho niega expresamente su procedencia en el caso concreto (*excusas absolutorias*), o porque no es perseguible procesalmente el hecho (impedimentos, falta o extinción de la acción procesal penal).

Pero es menester aclarar que, salvo esta última hipótesis (arts. 62 a 67, C.P.) las otras dos no son objeto de las regulaciones de la Parte General y su determinación tendrá que buscarse en los distintos tipos de la Parte Especial.

§ 278. *La "falta de tipo" como tema de la teoría negativa.* – Es obvio que cuando la acción no presenta alguna de las características requeridas por el tipo, ya con relación a las propias circunstancias de ella o a las modalidades que asumen la antijuri-

dicidad y la culpabilidad, también nos hallamos ante un caso negativo que desplaza la conducta como presupuesto de la pena. Pero las cuestiones que entonces se ofrecen al intérprete versan sobre cada uno de los elementos del tipo, por lo cual no parece necesario tratar autónomamente en la teoría negativa la *ausencia del tipo*, aunque en algunos casos –como ocurre en el delito putativo y el delito imposible– ciertas distinciones sobre las que se apoya la doctrina aparentemente estarían reclamando dicha generalización.

B) Ausencia de acción

§ 279. ***Hipótesis.*** – A partir de aquí veremos con mayor detenimiento el panorama de la teoría negativa del delito que acabamos de diagramar, en relación con nuestra ley penal y guardando –en cuanto sea posible– el orden establecido en el tratamiento de la teoría positiva. Comencemos, pues, por la ausencia de acción, que puede presentarse por haber faltado voluntad en el agente o porque la conducta realizada por él no produjo la modificación del mundo exterior requerida por el tipo.

1) Ausencia de acción por falta de voluntad del agente

§ 280. ***Movimientos reflejos y fisiológicos. Estado de inconsciencia absoluta o total.*** – En la ausencia de acción por falta de voluntad del agente cabe el tratamiento de los movimientos realizados sin voluntad de ninguna especie, como los realizados sin voluntad propia. Entre los primeros tenemos los *movimientos reflejos* (que son los suscitados por estímulos que el agente no puede dominar p.ej., dar un salto al escuchar una explosión y golpear a un transeúnte lesionándolo) y los *fisiológicos* (p.ej., activar un detonante al respirar).

También tienen que considerarse aquí las actitudes asumidas en *estado de inconsciencia absoluta o total*, de las que no se puede decir que el agente haya "actuado", a diferencia de lo que ocurre en los casos de inimputabilidad por perturbación de la conciencia, en que el agente, si bien actúa, lo hace sin capacidad de culpabilidad; como se ve, la ubicación del caso en una u otra categoría depende de la intensidad del grado de incons-

ciencia y ambas quedarían cubiertas por la regulación del art. 34, inc. 1°, C.P., aunque la doctrina argentina lo ha estudiado casi exclusivamente desde el punto de vista de la imputabilidad, atendiendo a la intención del legislador.

§ 281. ***APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA "ACTIO LIBERA IN CAUSA".*** – Aunque, según hemos explicado, la *actio libera in causa* se estudia y aplica en orden a los actos realizados en estado de inimputabilidad inducidos por el mismo autor, nada impide su extensión a los supuestos de colocarse en un estado de "no acción". De hecho gran parte de los ejemplos que se aducen en el examen del principio son más propios de la ausencia de acción que del estado de inimputabilidad. La doctrina admite que el sujeto utilice como medio de su acción un acto reflejo o inconsciente (dormirse al lado del detonante por presión, al que hicimos referencia), o puedan ellos originarse en un comportamiento culposo (Mir, Zaffaroni).

§ 282. ***FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE.*** – Entre los segundos encontramos la *fuerza física irresistible* (*vis* absoluta): el agente se ve físicamente compelido por otro a realizar una actividad o impedido de llevarla a cabo, sin que pueda oponerse a tal violencia o superar el impedimento (el peón vial que, almorzando en la obra con sus compañeros, recibe un golpe en la mano mientras monda una naranja con su cortaplumas lesionando con éste a quien tiene a su lado; el guardaagujas a quien se amarra, impidiéndole realizar los cambios que evitarán el desastre ferroviario). Vimos que este motivo de exclusión de la acción está previsto en el art. 34, inc. 2°, C.P., que también se refiere a la coacción (*vis* relativa o compulsiva) bajo la denominación de "amenazas", que se presenta como supuesto de ausencia de culpabilidad; la diferencia en cuanto a los efectos de la una y la otra es clara: mediando fuerza física irresistible, el agente no actúa; mediando coacción, el agente actúa pero el derecho no se lo reprocha, aunque la ley engloba ambos casos bajo el término de "violencia".

Se ha planteado la posibilidad de que la fuerza física irresistible pueda provenir tanto de la acción de un tercero como de fuerzas de la naturaleza (Zaffaroni); aunque la cuestión no tiene otro interés que el académico, parece que el inc. 2° del art. 34 se refiere a la fuerza física desplegada por alguien, ya que la procedente

de la naturaleza siempre se reducirá a un "movimiento involuntario" de los que antes hemos estudiado. También parece inútil discutir si la fuerza física irresistible sólo puede ser externa –así nos parece–, porque la que tiene repercusión interna, siempre se reduce también a "movimientos involuntarios" (reflejos o inconscientes).

Cuando sostenemos que los casos de ausencia de conducta por ausencia de voluntariedad quedan cubiertos –en cuanto a los movimientos involuntarios– por el art. 34, inc. 1°, C.P., extendemos su significado más allá de las pretensiones del legislador que, indudablemente, entendió referirse allí a las situaciones de inimputabilidad y de inculpabilidad; la amplitud de la terminología empleada por la ley nos permite admitir que cuando dicha norma se refiere a una "insuficiencia de facultades" para "poder dirigir las acciones", no sólo englobaría los casos de imposibilidad de dirigir las acciones de acuerdo con el conocimiento que tiene de la criminalidad, sino también todos los supuestos de "movimientos involuntarios". En este sentido nos parecen admisibles las ideas de Zaffaroni. Con todo, no creemos que sea indispensable esforzarse por encuadrar la ausencia de acción en las reglamentaciones penales, pues, de cualquier modo, sus efectos proceden de la teoría general del hecho ilícito, que produciría los mismos efectos dogmáticos. Hipótesis conflictivas, como las de las parálisis histéricas, que se resuelven mediante esta extensión del art. 34, inc. 1°, son, al fin, casos de "movimientos reflejos", porque en materia de acción el término "movimiento" no está sólo tomado en sentido de movimiento positivo, sino también de *movimiento que impide* la actuación. Las distinciones tampoco tienen repercusión dogmática de importancia.

También en lo concerniente a la fuerza física irresistible parece que la doctrina admitiría el examen de la aplicación de los principios de la *actio libera in causa*, en el caso de que el agente se haya colocado voluntariamente en situación de sufrirla. Aunque para ello no se da objeción lógica alguna, si pensamos en una fuerza física irresistible externa y procedente de terceros, es muy difícil encontrar un ejemplo que, en realidad, no se traslade a la aplicación de los principios con relación a los movimientos involuntarios de carácter reflejo o inconsciente.

§ 283. *Medios hipnóticos y administración de narcóticos.* Si bien el art. 78, C.P., comprende en el "concepto de violencia", el "uso de medios hipnóticos o narcóticos", de ello no puede deducirse que equipare el empleo de esos medios a las hipótesis de fuerza física irresistible, porque el concepto de

violencia se utiliza con diversas significaciones por el derecho, y el mismo art. 34, inc. 2°, se refiere a ella como procedente de dos fuentes distintas (la fuerza física irresistible y la coacción) que dan lugar a dos formas distintas: la *vis* absoluta y la *vis* compulsiva.

Sin embargo, tenemos que descartar que la equivalencia pueda asignarse a la coacción, por lo que, en principio tiene que establecérsela con la fuerza física irresistible, siempre y cuando el procedimiento hipnótico o la administración de narcóticos hayan llegado a anular totalmente la voluntad del paciente, porque si así no fuese y sus repercusiones no fueran más allá de la perturbación de su conciencia, sólo podría contemplarse su acción a la luz de la inimputabilidad.

Ha sido Zaffaroni quien ha insistido en que el concepto de contemplar los casos de hipnotismo y administración de narcóticos como hipótesis reducidas a la ausencia de conducta es erróneo, en lo cual tiene razón, pero sin duda el art. 78, C.P., ha entendido referirse a ella, aunque dogmáticamente sólo pueden producir esa consecuencia dentro de los límites expuestos.

§ 284. ***Efectos de la ausencia de conducta en el caso de movimientos involuntarios.*** – Ya dijimos que cuando se asigna la acción a quien no la realiza voluntariamente, el sujeto no "actúa"; quien actúa en todo caso es el que se vale del movimiento involuntario, provocándolo por fuerza física irresistible u otro medio y por ello él es el *autor directo* (no mediato, como ocurriría en el caso de que hubiese provocado en el sujeto un estado de inimputabilidad o lo hubiere colocado en situación de inculpabilidad).

También agrega la doctrina que no se puede participar de la actividad o inactividad del sujeto que no actúa, ni cabe contra él la legítima defensa, sino, en todo caso, el tercero atacado puede quedar cubierto por la justificante del estado de necesidad (Zaffaroni).

2) Ausencia de acción por falta de la modificación del mundo exterior requerida por el tipo

§ 285. ***Falta de causalidad típica (la cuestión de los "medios morales").*** – El tema propio de este capítulo de la teoría

negativa es el de la falta de causalidad, que ya hemos examinado al hablar del nexo de causalidad; aquí lo estudiaremos desde el punto de vista más estricto de la ausencia de *causalidad típica*.

Dicha causalidad típica puede estar ausente, en primer lugar, porque la conducta, aunque causal, *ha sido inadecuada respecto del proceso causal típico*, o sea con referencia al objeto: la acción no produjo sus efectos sobre el objeto material designado por el tipo (p.ej., el que balea a un cadáver podrá cometer un acto de "profanación" –no previsto entre nosotros como delito–, pero no "matar"; el que yace con mujer honesta mayor de quince años no comete estupro), sea con referencia a los modos de la acción o a los medios de ella, por no ser el modo asumido o el medio empleado de los previstos expresamente en el tipo como "factor de causalidad" (p.ej., el que "usurpa" un inmueble sin violencia, engaño o abuso de confianza, no entra en el tipo del art. 181, C.P.) o implícitamente requerido por la acción típica (se puede decir que "mata" sin duda alguna el que dispara una escopeta sobre otro, pero no se puede aseverar lo mismo, con igual certidumbre, del que asusta a otro en una noche tenebrosa con un rayo de luz, o con un telegrama que contiene una mala noticia).

> Conocido es el debate sobre los llamados "medios morales", sobre todo en el tratamiento del delito de homicidio (el que mata al cardíaco dándole una infausta nueva, produciéndole un estado de pavor, etcétera). En realidad, el medio moral puede ser causalmente típico cuando el autor lo maneja como medio apto para lesionar el bien jurídico al insertarlo en especiales condiciones de la acción. En otros casos puede ser más dudoso.

En todos estos casos faltará la acción como típica, impidiendo la existencia del delito aunque el sujeto haya actuado en la errónea creencia de que estaba realizando una acción típica ("criminal"); esta hipótesis es el llamado *delito putativo* (aunque alguna doctrina no integra en ella los casos de "inidoneidad típica del objeto"). Cosa distinta es que el agente haya empleado un medio creyéndolo idóneo, cuando (por sus propias calidades, o por las circunstancias que rodean el hecho) ha resultado inidóneo para producir los efectos previstos en el tipo, pues entonces tendremos el denominado *delito imposible*,

que se trata como supuesto de tentativa. Al estudiar ésta insistiremos en tal diferencia.

§ 286. *CONCAUSALIDAD INTERRUPTIVA.* – Asimismo, la causalidad típica puede estar ausente cuando, si bien la conducta del agente se presenta como factor causal de un resultado –comprendido en el proceso como "condición equivalente"– en el curso causal se ha introducido (interpuesto) una condición más directamente causal (más próxima al resultado), que mantiene a aquélla como mera condición al interrumpir el camino que ella pudo haber seguido para convertirse en causa típica. Este tema ya lo hemos expuesto al tratar la *concausalidad* en el capítulo de la acción.

§ 287. *CASO FORTUITO.* – En diversos lugares hicimos mención del "caso fortuito" como límite de la responsabilidad.

En la teoría negativa del delito, como circunstancia que decanta la ausencia de acción, el caso fortuito se revela como un factor de forzamiento del curso causal, que el autor no puede dominar.

Debemos aclarar inicialmente que no hablamos aquí del caso fortuito como génesis de una situación que ha colocado al autor ante circunstancias de justificación (p.ej., estado de necesidad) o coacción ("amenaza" de su bien jurídico por hechos extrahumanos), sino del que, habiéndose sumado a la conducta del autor, concurre con ella como condición preponderante del resultado típico (p.ej., quien hurtó la canoa del isleño que, días después, pierde la vida en una súbita inundación por no contar con ella).

Pero, el concepto general de *caso fortuito* como hecho imprevisible o previsto (previsible) pero inevitable, nos conduce a formular distinciones: si se trata de un hecho imprevisible, la importancia del caso fortuito aparece con mayor pujanza en los delitos de comisión por omisión (omisión impropia) y en los culposos: en aquéllos puede ocurrir que el incumplimiento de la conducta obligada al incidir sobre ella el caso fortuito, aparezca marginada de la previsión del curso causal por parte del autor, con lo cual la omisión no podrá considerarse dolosa en orden al resultado aunque se haya asumido voluntariamente; en éstos impedirá la construcción del deber de cuidado desde el punto de

vista de la previsibilidad; en uno y otro supuesto es una temática más propia de la inculpabilidad.

Cuando el carácter de fortuito procede de la inevitabilidad del hecho, las soluciones pueden ser distintas: en los delitos dolosos, si el autor contó con él para producir el resultado, contribuyendo con su conducta a colocar el bien jurídico en situación de ser alcanzado por el hecho inevitable (p.ej., el que previendo la caída de rayos sobre un determinado lugar inmoviliza a la víctima sobre el mismo), y en los culposos, si previendo el hecho y conociendo su inevitabilidad, el autor viola su deber de cuidado al colocar el bien en aquella situación (p.ej., el guía que previendo la súbita crecida del río de montaña, por conocer que llueve en la alta sierra, hace afrontar al viajero el cruce de un vado calculando mal el tiempo, con lo cual es arrastrado), el caso fortuito pierde toda influencia negativa de la conformación de la conducta antijurídica y culposa típica.

3) Factores discutidos como motivantes de la falta de acción

§ 288. ***Estados emocionales y comportamientos automatizados.*** – Se discute si los *estados emocionales* que producen un alto grado de excitación y los *comportamientos automatizados* (p.ej., caminar) pueden llegar a integrar posibles hipótesis de ausencia de acción (por carencia de "voluntad"). La doctrina mayoritaria lo rechaza, considerando que en ellos de alguna manera el autor ha podido "dirigir" su conducta, sin perjuicio, claro está, de que algunos de esos casos ingresen en la teoría negativa por otra vía (p.ej., la inimputabilidad por perturbación de la conciencia en las emociones agudas).

Dentro de las corrientes críticas del derecho penal, en la construcción del delito como pura relación social, subrayando la resolución del agente como proyección en la realidad y descontando el interés por determinar la forma como se llegó a dicha resolución, se advierte que si bien no hay un problema de "voluntariedad" en los autores por emoción, impulso o acto en cortocircuito, o en los actos automatizados, pues en ellos no se puede negar la "dirección de la voluntad", lo dudoso es que muchas de esas conductas puedan adquirir significación social como "acción típica dolosa". Se pone como ejemplo "la excesiva automatización" de ciertos actos humanos en fábricas y aun en el tráfico, "en los cuales" el modelo de acto, presupuesto de una acción

concreta "se ha convertido en un *inconsciente indominable*" y por eso no puede estimarse que es querido (Bustos Ramírez).

§ 289. *La obediencia debida o jerárquica como supuesto de falta de acción.* – Fue Soler quien –en un último desarrollo de su teoría del delito– planteó en nuestra doctrina la posibilidad de considerar la *obediencia debida* (art. 34, inc. 5°, C.P.) como falta de acción para el subordinado que tiene que cumplir la orden sin poder examinarla, porque entonces la acción no es "obra" de su personalidad, ya que no hace más que actuar la voluntad del superior que se la imparte.

La tesis no ha corrido con buena fortuna y las razones parecen atendibles, ya que es evidente que al subordinado siempre le queda la posibilidad de desobedecer, si tiene el ánimo para superar la consideración de las consecuencias que la desobediencia le acarreará. Esto nos llevó a adelantar nuestro criterio de que se trata siempre de situaciones en que el subordinado actúa coac cionado.

C) Ausencia de antijuridicidad

§ 290. *El juicio negativo de antijuridicidad.* – Al desarrollar la teoría positiva del delito hemos enunciado cuáles son los requisitos para formular la valoración propia del juicio de antijuridicidad; veremos ahora lo que podemos denominar *juicio negativo de antijuridicidad*, que incorrectamente se ha reducido al estudio de la reglamentación de las *causas de justificación*, cuando, en verdad, la existencia de alguna de estas causas es una de las varias hipótesis en que puede estar ausente la antijuridicidad, pero no la única.

§ 291. *La cuestión de las "fuentes de justificación".* – Dicha inexacta simbiosis entre ausencia de antijuridicidad y vigencia de una causa de justificación ha llevado a sobrevalorar la importancia de la cuestión nominada como "fuentes de justificación", en la que se han opuesto criterios monistas y pluralistas. Según los primeros, la justificación procede de una fuente única (la ley, la necesidad) y se trata de formular un concepto general de justificación que comprenda toda la gama de sus causas (p.ej., justificado es el acto en el cual "se em-

plean los medios justos para lograr un fin justo" –Zu Dohna–). Los segundos afirman que las justificantes se determinan automáticamente a través de cada una de las fuentes unitarias propuestas por los criterios monistas, sin que las unas absorban a las otras (en el mismo plano de fuentes están la ley y la necesidad).

Si recordamos qué es lo antijurídico y qué significa la antijuridicidad como juicio de valor que se formula sobre la acción, quizá lleguemos a la conclusión de que tal debate (hoy aparentemente superado), no tuvo objeto práctico alguno y revistió un mero interés académico. Lo antijurídico es lo jurídicamente prohibido y lo que el derecho prohíbe es siempre el ataque a los bienes jurídicos; en principio, pues, antijurídica es la conducta que realiza lo prohibido; no podremos pensar en una conducta antijurídica cuando ella no realiza lo prohibido sea porque no constituye un ataque al bien jurídico, sea porque el ataque que constituye está permitido.

Alguna doctrina se esfuerza por distinguir los mandatos de fomento o las situaciones de indiferencia, de los mandatos permisivos (justificantes), señalando que en estos casos el derecho ni ordena ni fomenta la conducta, sino que sólo la permite –Zaffaroni–, por lo cual si allí falta el tipo (tipicidad conglobante) aquí falta la antijuridicidad. Pero las causas de justificación restan la antijuridicidad en el ordenamiento jurídico, no sólo en el derecho penal, por lo cual, respecto de ella, el efecto de unos y otros es el mismo.

§ 292. *La denominada "justificación supralegal".* – Como se ve, las hipótesis de ausencia de antijuridicidad las hemos referido al derecho, esto es, al ordenamiento jurídico general. Sin embargo, se ha hablado de *justificación supralegal*, haciendo mención de casos de justificación no regulados específicamente por la ley. La doctrina –que tuvo su motivación práctica en defectos de la antigua ley penal alemana, que no previó el estado de necesidad como justificante– se hizo coincidir como aspecto negativo del antiguo concepto de *antijuridicidad material*, al que nos hemos referido en la teoría positiva. Tal motivación está hoy superada y si se admite la apertura del juicio negativo de antijuridicidad en la forma que hemos propuesto, resultará innecesaria.

Por supuesto que no significa compartir esta doctrina afirmar que el catálogo de las causas de justificación está siempre abierto ya que la ley, en cualquier momento, puede suscitar situaciones de justificación no reguladas anteriormente, lo cual, siendo exacto –sobre todo si se atiende a las justificantes amplias, como en el caso del ejercicio del derecho–, nada tiene que ver con la doctrina de la justificación supralegal.

Sin necesidad de recurrir a ella, la doctrina contemporánea ha ido colocando en sus justos límites los objetivos que se habían pretendido lograr con las ideas de la justificación supralegal. Lo que ocurre es que el derecho no reduce las "causas de justificación" a las taxativamente enunciadas por la ley penal, porque ello "equivaldría a negar la vinculación sistemática de las distintas ramas del derecho positivo" y "desconocería la necesaria coherencia del orden jurídico (necesidad de no contradicción)" (Núñez). En un sentido más amplio se advierte que respecto de las causas de justificación "no puede regir el principio de legalidad", por lo cual una causa de justificación puede provenir de la costumbre (Bustos Ramírez), aunque, como lo creemos, ello siempre requiere la intermediación de la ley por medio del ejercicio del derecho.

§ 293. *AUSENCIA DE TIPO Y AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD.* – Para quienes trabajan con un concepto de tipo sistemático o específico, resulta desde todo punto de vista inexacto que es lo mismo que una conducta sea atípica o que sea justificada, porque "hay conductas atípicas (penalmente) que son antijurídicas" y "no se concibe que haya una conducta típica sin que afecte un bien jurídico" (Zaffaroni). Según nuestro criterio, el tipo sólo puede hacer referencia a una conducta antijurídica, y en realidad podemos decir que la conducta no antijurídica (por cualquier causa que lo sea) es "inmune" al tipo; hasta la vigencia de una causa de justificación bloquea la consideración de la tipicidad, aunque la circunstancia de la regulación de las justificantes en el derecho penal nos indique la conveniencia de invertir este orden lógico en el examen del caso concreto.

Cuando el tipo se concibe como referencia global a todas las propuestas de la punibilidad y, entre ellas, por lo menos implícitamente, al de la antijuridicidad, es evidente que toda situación que resta la antijuridicidad resta el tipo. Lo que ocurre es que se dan acciones pensables bajo las "formas" del tipo aun sin pensar en la antijuridicidad de un modo expreso, como es la de homicidio, y otras donde las mismas formas típicas exigen indispensablemente pensar en la antijuridicidad, como ocurre en los casos

con elementos normativos, sobre todo cuando éstos importan referencias genéricas a la "ilicitud" o "ilegitimidad" de la acción (por ello es ridículo pensar en un hurto del oficial de justicia que procede a practicar un secuestro ordenado por el juez, o en una privación ilegítima de libertad por parte del policía que detiene a alguien observando las normas jurídicas). Sin embargo, estos fenómenos, aunque singularizan el examen de la relación tipo-antijuridicidad, no deforman los principios que la rigen.

1) Hipótesis de ausencia de antijuridicidad

§ 294. *Ausencia de ataque.* – En primer lugar, como hemos visto, la antijuridicidad puede no estar presente por *falta de ataque al bien jurídico*, ya porque realmente dicho ataque no haya existido por no haberse desconocido la prohibición de la norma-mandato en que se basa el tipo penal (p.ej., que una emisión de cheque sin fondos –art. 302, inc. 1°, C.P.– no haya alcanzado a vulnerar la fe pública por no haber salido de manos de quien lo recibió, desnaturalizándolo en los términos del art. 175, inc. 4°, C.P.), o porque el ataque no pasa de ser una conducta socialmente adecuada admitida por el derecho, o no produjo la afectación mínima del bien jurídico que justifica la imposición de la pena, temas estos dos últimos, que, sin embargo, plantean muchas dudas, que expusimos al hablar de la antijuridicidad típica.

§ 295. *Consentimiento del ofendido.* – En segundo lugar, la antijuridicidad estará ausente cuando el titular del bien jurídico atacado haya renunciado, antes del ataque o contemporáneamente a él, a la protección que le brinda la norma-mandato reforzada con la amenaza de la pena mediante el tipo penal. Tal es la cuestión del *consentimiento del ofendido* (sujeto pasivo, víctima del delito).

Se ha debatido en la doctrina si el consentimiento del ofendido constituye un factor de atipicidad o de eliminación de la antijuridicidad pero ese debate sólo tiene razón de ser si se trabaja con un concepto restringido de tipo (tipo específico o sistemático). Dentro de una elaboración del tipo en sentido amplio –que es la que consideramos adecuada para nuestro de-

recho–, es indudable que cuando la prohibición de la norma toma exclusivamente en cuenta el interés del titular del bien jurídico protegido, aquélla no tiene razón de ser cuando éste no quiere protegerlo. Entonces, no puede considerarse que estemos en presencia de una prohibición vigente, es decir, que el ataque sea antijurídico.

Esto nos indica que no en todos los casos el consentimiento del ofendido elimina la antijuridicidad de la conducta con que se ataca al bien jurídico. Con respecto a ello se dice que el consentimiento tiene que ser *válido*, queriendo significar que tiene que ser eficaz en cuanto renuncia a la protección, para lo cual necesita reunir algunos requisitos, a saber: debe formalizarse sobre un bien *renunciable*; no todos los bienes jurídicos poseen ese carácter, sino sólo los que atañen preponderantemente al interés particular del titular (como la propiedad o la libertad, pero no lo son, p.ej., la vida o la integridad corporal, por venir mezclados en ellos intereses sociales de otro orden). En cuanto al sujeto que expresa el consentimiento, debe poseer "*capacidad*" para formular la renuncia (un menor o un inimputable pueden no poseerla y su consentimiento será entonces inválido para eliminar la antijuridicidad). Con respecto a la formulación de la renuncia a la protección, es decir a la prestación del consentimiento, ella, por lo común, tiene que ser *expresa*, aunque en ciertos casos se admite la eficacia del consentimiento *presunto* (cuando el agente actuó "en beneficio" del titular del bien jurídico estando ausente él, p.ej., quien fractura la puerta del vecino que está de vacaciones para cerrar un escape de gas de un artefacto que puede producir acumulaciones peligrosas).

Este diagrama del consentimiento no se ve desconocido en los tipos en que la conducta descripta necesariamente se completa con la oposición explícita o implícita del ofendido (p.ej., en la violación del art. 119, C.P.) ni tampoco en los que el consentimiento de la víctima es requisito de tipicidad (p.ej., en el estupro del art. 120, C.P.), pues si en los unos el consentimiento válido puede decirse que impide la consideración de las "formas" típicas, tampoco puede sostenerse que en esos casos, mediando dicho consentimiento, el agente haya desconocido la norma-mandato en la que el tipo se apoya; en los otros el tipo

se completa con un consentimiento que es ineficaz en cuanto renuncia a la protección del bien jurídico.

Lógicamente, si se parte de la idea de que toda conducta típica es antijurídica en tanto no se dé una causa de justificación (y no del tipo recibiendo la conducta antijurídica), es prácticamente imposible pensar en el consentimiento como factor que elimina la antijuridicidad. Evidentemente, el consentimiento del ofendido puede aparecer como presupuesto de una causa de justificación en aquella concepción de las relaciones del tipo y la antijuridicidad, pero no como causa de justificación en sentido propio, que, por supuesto, no lo es, ya que no se trata de que el derecho otorgue un permiso especial para que se produzca un ataque que de otro modo sería prohibido, sino de un ataque que no es prohibido por ausencia del interés en la protección por parte del que puede prevalerse de ella. Siendo así, es lógico que en esa concepción del tipo, al consentimiento del ofendido sólo se lo reconozca como "una causa de exclusión de los tipos que requieren expresa... o implícitamente... la falta de consentimiento del ofendido", como ocurre en los arts. 150, 110, 119, 141 y 162 del C.P. (Núñez).

Sin embargo, la antigua –y errónea– concepción del consentimiento como causa de justificación se ve de algún modo sostenida por quienes distinguen el consentimiento como excluyente del tipo y como excluyente de la antijuridicidad: lo primero ocurriría cuando el tipo se refiere a una acción que necesariamente requiere actuar en contra de la voluntad del sujeto pasivo; lo segundo, cuando la conducta del autor importa ya un menoscabo del sustrato material del bien jurídico, aunque no alcanza a vulnerar a éste por haber admitido su titular que sea atacado cuando puede válidamente renunciar a él, como ocurre en el caso del delito de daño (la noticia puede verse en Bacigalupo, aunque aclarando que no participa de dicha doctrina).

Zaffaroni –no sabemos exactamente si en procura de una mayor precisión teórica o como congruencia necesaria con sus conceptos sobre el bien jurídico y la integración de la tipicidad penal con la tipicidad conglobante–, no se conforma con el mínimo funcionamiento del consentimiento como bloqueador de la tipicidad en casos específicos y como fundamento o presupuesto de algunas justificantes, y opta por distinguir el *acuerdo* del *consentimiento*. Aunque reconociendo que este segundo es una forma de aquiescencia, sostiene que "se da cuando un precepto permisivo hace surgir una causa de justificación que ampara la conducta de un tercero en la medida en que obre con el consentimiento del titular del bien jurídico", por lo que se trata del "límite de un

permiso", en tanto que el acuerdo es "el ejercicio de la disponibilidad del bien jurídico" que determina la tipicidad de la conducta, porque el tipo no puede "estar prohibiendo una conducta para la que el titular del bien jurídico ha prestado su conformidad". En realidad, se trata de una diferencia de funciones del consentimiento, pero el contenido, en cuanto a la dirección de la voluntad del sujeto que lo presta, es el mismo en una y otra función.

§ 296. *ACTIVIDADES FOMENTADAS Y PERMITIDAS. DEBATE SOBRE EL TRATAMIENTO MÉDICO QUIRÚRGICO EN LA DOCTRINA PENAL.* – En tercer lugar, la antijuridicidad no se da cuando el ataque *es el medio necesario para realizar una actividad fomentada por el Estado o la contingencia admitida en el desarrollo de una actividad fomentada o permitida por él.*

Como ejemplo de lo primero tenemos las *intervenciones médico-quirúrgicas*, que aunque implican una acción que "formalmente" se adecua al tipo de lesiones (art. 89, C.P.), es el medio necesario para realizar la actividad curativa. En algunos casos esas intervenciones están minuciosamente reglamentadas por la ley (p.ej., en los trasplantes de órganos y en las transfusiones de sangre), no así en otros, en los que la legitimidad del ataque depende de la *lex artis*, del consentimiento expreso o presunto del paciente y de que la intervención no sobrepase el límite de la actividad curativa comúnmente reconocida para entrar en el terreno de la experimentación, aunque este último límite de la actividad se puede lógicamente superar cuando la actividad se inserta en un contexto de estado de necesidad (p.ej., el médico que aplica al paciente que agoniza un medicamento, no suficientemente experimentado, pero que puede salvarle la vida).

Ejemplos de lo segundo (contingencias admitidas de actividad permitida) los tenemos en las *lesiones deportivas*, es decir, las inferidas en la práctica de un deporte no prohibido, realizado de acuerdo con sus reglas, o en las producidas en *actividades sociales riesgosas permitidas* –cuando no han mediado en ellas violaciones del deber del cuidado exigible en su ejecución–, aunque se trate de riesgos que atañen a resultados dañosos previsibles (p.ej., caída de la aeronave por factores extrahumanos sobre una casa que se encuentra en la ruta aérea autorizada). Estos casos se resuelven dentro del cuadro de la responsabili-

dad reparatoria, básicamente según los principios del "riesgo permitido", en la esfera civil.

El "riesgo permitido" no funciona de la misma manera en la esfera penal que en la civil, aunque en la una y la otra opera como factor de irresponsabilidad. En la penal produce siempre esa consecuencia, aunque, como hemos visto, se discute su ubicación (últimamente Zaffaroni sostiene que funciona como causa de atipicidad en las actividades fomentadas por el Estado y como causa de justificación en las permitidas). En la civil, en cambio, hay casos en que aun desarrollándose la actividad dentro de los límites del "riesgo permitido", puede caber una responsabilidad reparatoria de carácter objetivo; precisamente la *teoría del riesgo* fundamenta la responsabilidad reparatoria en el mero desarrollo de la actividad peligrosa aun cuando fuese realizada dentro de los límites del riesgo permitido; aunque en el derecho comparado normalmente tiene una aplicación excepcional (con respecto a actividades de alto riesgo), nuestro legislador la ha elevado a principio general de responsabilidad (art. 1113, Cód. Civil).

En cuanto al *debate sobre el tratamiento médico-quirúrgico en particular*, no es del todo uniforme el modo como se resuelve la cuestión en la doctrina penal contemporánea. Para algunos el problema sólo se plantea en determinados casos, no en otros: el tratamiento quirúrgico eficaz sería atípico porque no constituye un atentado contra la salud; cuando no haya sido eficaz también faltaría la tipicidad, siempre que haya constituido un "riesgo normal" y se hubiese actuado dentro de las reglas de la profesión, ya que entonces "jugaría el caso fortuito"; se admite, sin embargo, que se trataría de una causa de justificación cuando sean intervenciones con riesgo excesivo; en tal caso dicha causa estaría constituida por el legítimo ejercicio de la profesión, siempre que la intervención hubiera contado con el consentimiento del paciente, pues de lo contrario se podría violar su libertad (ver Bustos Ramírez).

En la doctrina nacional, la antigua opinión de Jiménez de Asúa (*La ley y el delito*) de que la lesión quirúrgica es atípica porque el médico "no lesiona sino que cura", fue perdiendo poco a poco prestancia con la introducción de una serie de distinciones que dirigen la mira a la ausencia de ataque antijurídico.

Dejando de lado las situaciones de estado de necesidad (donde hasta el no profesional puede intervenir), señala Núñez que si bien el ejercicio de la actividad curativa puede implicar para el profesional un derecho –facultad de ejercer su profesión– o un deber –en los casos en que está obligado a actuar–, no son "esas características las que dotan de capacidad justificadora a la acti-

vidad curativa, sino el hecho de estar autorizados por el poder estatal de salud pública", aunque la justificación sólo procede si media el consentimiento expreso o presunto del paciente o de su representante legal.

Para Zaffaroni la actividad curativa, siendo una actividad fomentada por el Estado, bloquea la tipicidad conglobante y, por ende, no permite que la tipicidad legal ascienda a tipicidad penal. Sin embargo, cuando se trata de intervenciones mutilantes con fines terapéuticos, es necesario que medie el consentimiento del paciente; si éste no existe, aunque no se podrá reconocer la vigencia del tipo de lesiones, sí podrán ingresar delitos contra la libertad de aquél. Siendo la intervención sin fines terapéuticos, entonces sí el hecho puede ser típico, aunque puede estar justificado por el legítimo ejercicio de la profesión siempre que se opere dentro de sus reglas y mediando el consentimiento del paciente, a lo que agrega el requisito de la autorización judicial para ciertas intervenciones mutilantes sin finalidades terapéuticas o de finalidad terapéutica dudosa (como las de "cambio de sexo").

§ 297. *Causas de justificación.* – Por último, la antijuridicidad no existe cuando el derecho autoriza el ataque, permitiéndolo o imponiéndolo. Éste es el campo de las *causas de justificación*.

El haber pretendido considerarlas exclusivamente como *tipos permisivos* ha conducido a excluir de ellas los casos en que el ataque al bien jurídico es obligatorio para el agente, cuando en ellos también se dan las razones de ausencia de antijuridicidad –autorización sin "consentimiento" del titular del bien– que acabamos de ver.

Tenemos que destacar una idea ya expuesta en repetidas oportunidades: la regulación de estas justificantes pertenece al ordenamiento jurídico general de los hechos ilícitos; esa naturaleza no varía por la circunstancia de que tradicionalmente haya sido contemplada minuciosamente por la legislación penal. Pero dicha regulación, pese a tal ubicación, no funciona como "derecho penal", sino como componente indiferenciado del ordenamiento jurídico general.

Teniendo ambas cosas presentes, pasemos a la enunciación de las causas de justificación.

a) *Ejercicio del derecho.* El art. 34, inc. 4°, C.P., prevé como supuesto de impunidad el *legítimo ejercicio del derecho*.

Se ha dicho que éste es, en realidad, un enunciado genérico que se remite a los preceptos permisivos desperdigados en el resto del ordenamiento jurídico, lo cual, si bien es verdad, no importa que deje de plantearse como justificante, puesto que aquella disposición no se refiere a cualquier ejercicio del derecho (en cuanto tal amparado por la norma limitadora del art. 19, C.N.), sino al ejercicio del derecho que importa, en sí mismo y primordialmente, un ataque a bienes jurídicos de terceros. Así ocurre, por ejemplo, con el *derecho de retención*, reglado por el art. 3939, C.C., que neutraliza el mandado imperativo de entregar o devolver la cosa ajena que es base del delito previsto por el art. 173, inc. 2°, C.P., o con los *abortos permitidos* (art. 86, inc. 2°, C.P.), o con la autorización de *repeler violentamente el ataque contra la propiedad* (art. 2470, Cód. Civil).

Dejando de lado criterios escépticos que parecen considerar superflua esta disposición expresa sobre el ejercicio del derecho (ver Bacigalupo), no está muy segura la doctrina en cuanto a la naturaleza del precepto: aunque se reconoce que quien "ejerce su derecho" actúa justificadamente, se insiste en que la norma del art. 34, inc. 4°, C.P., no contiene una causa de justificación, sino una enunciación que remite a las partes del ordenamiento jurídico "donde se halle el respectivo precepto permisivo" (Zaffaroni); según esta opinión, causa de justificación sería el ejercicio del derecho de retención, el ejercicio de la violencia para defender la propiedad, etc.; pero no vemos por qué una enunciación genérica, en razón de que tiene que ser circunstanciada para ser aplicada, carezca de aquella naturaleza: el ejercicio del derecho cumple función de causa de justificación, cualquiera que sea el concreto precepto que determina el derecho que se ejerce.

La remisión al derecho subjetivo reconocido por la ley constitutivo de la justificante a través de su ejercicio, permite el ingreso de los usos y costumbres (art. 17, C.C.), ya que ellas pueden ser fuentes de tales derechos (Núñez), agregando algunos, como tales fuentes, a los principios generales del derecho (Bustos Ramírez).

Conviene aclarar que poco se dice cuando, en un esfuerzo por superar la sensación de que se está ante una justificación de "existencia ornamental", se indica –como explicación de las normas que la consagran expresamente– que los hechos asumidos como ejercicio del derecho "son hechos penalmente típicos, pero no antijurídicos" (ver Gómez Benítez).

El derecho a repeler violentamente el ataque contra la propiedad (aunque lógicamente no se reduce la temática a ese bien jurídico) nos lleva a tratar las cuestiones relacionadas con los procedimientos de las *defensas mecánicas predispuestas y ofendículas* que comúnmente se emplean en la protección de aquélla.

No pocos han incluido su tratamiento dentro del estudio de la legítima defensa, pero parece difícil encuadrarlo en ella cuando falta el curso actual de ataque o que éste sea inminente; en otras palabras, si el agente monta una defensa mecánica predispuesta durante el desarrollo actual de un ataque o ante su inminencia (p.ej., durante el ataque a una propiedad pone una granada adosada al picaporte de la puerta por donde pueden penetrar los atacantes), nada obsta a tratar el caso como legítima defensa, pero no cuando aquélla se dispone en previsión de un ataque futuro, en cuyo caso sólo puede funcionar como supuesto de justificación dentro de los límites del ejercicio de un derecho.

Entre las defensas mecánicas predispuestas y las ofendículas se han señalado diferencias. Las primeras están constituidas por el mecanismo oculto que funciona si se produce una especial actividad de un sujeto (el alambre electrificado, la "cimbra" con un arma de fuego, la bomba "cazabobos"), la segunda por las defensas expuestas a la vista de quienes eventualmente pueden afrontarlas (los alambres "de púa" que coronan los cercos, los vidrios cortantes instalados en la parte superior de los tapiales). Tradicionalmente se ha negado justificación a las primeras, en tanto que se la ha reconocido a los segundos, pero la negativa proviene, básicamente, de medir la juridicidad o antijuridicidad de los menoscabos de bienes jurídicos producida por ellas con los parámetros de la legítima defensa, cuando ya vimos que muchas veces no integran el ejercicio de ella; en realidad como ejercicio del derecho sus efectos dependen del alcance que tengan las particulares disposiciones del ordenamiento jurídico y dentro de las cuales se tienen que considerar (p.ej., del art. 2470, Cód. Civil).

Así, por ejemplo, resolviendo estas cuestiones dentro de la legítima defensa, la justificación de la protección de los bienes jurídicos con estos medios, se hace depender de la necesidad con-

creta de defensa: las ofendículas son necesarias para la defensa, puesto que se trataría del remedio menos lesivo, la "bomba en la caja fuerte" no lo es, "pues bien puede colocarse una alarma" (Zaffaroni).

Aunque el criterio de necesidad no es extraño a la resolución de estos casos, razón de ello ocurre en que se trata de una de las determinaciones que nos permiten apreciar si se está o no ante el abuso del derecho, que, por supuesto, implicando un actuar al margen del derecho, no puede presentarse como ejercicio de él. En muchos casos las soluciones, ya provengan de la aplicación de los principios de la legítima defensa, ya de la concreta consideración del ejercicio de un derecho según una regulación expresa o implícita, coincidirán (p.ej., será la misma para el que "defiende" el par de gallinas que tiene por medio de un tejido electrificado con un voltaje mortal, que para quien impide un hurto de mandarinas de su quinta dando muerte a tiros al niño que lo está realizando), pero puede haber casos en que el abuso del derecho no aparezca, si consideramos la cuestión desde el punto de vista de la necesidad de la defensa, tal como se da en situaciones de legítima defensa ante el ataque en curso o la inminencia de un ataque, justamente porque esta necesidad se mide por la magnitud del ataque (que allí no existe) en tanto son otras las medidas del abuso del derecho en sentido propio.

Últimamente parece apreciarse una revaluación de la ubicación del tema en el ejercicio del derecho, aunque exageradamente restringido a la defensa de la propiedad o tenencia de las cosas (ver, p.ej., Bustos Ramírez).

Lógicamente el carácter de regulación genérica de la norma del art. 34, inc. 4º, C.P., marca la posibilidad de que el legislador pueda sumar un número indeterminado de situaciones específicas de ejercicio del derecho, por lo cual en este sentido no será erróneo afirmar que "el catálogo de las justificantes está siempre abierto" (Bacigalupo).

b) *Cumplimiento del deber.* También es el art. 34, inc. 4º, C.P., el que enuncia como impune el hecho (ataque a bienes jurídicos) realizado en *cumplimiento del deber*. Se ha negado que configure un supuesto de justificación, porque aquí el derecho no "permite" sino que "impone" el ataque. Ya hemos visto que no puede establecerse una simbiosis entre las causas de justificación y los "tipos permisivos", por lo que nada impide considerar estas hipótesis como situaciones de justificación. En principio, es necesario que el deber se encuentre ta-

xativamente consagrado por la norma imperativa (p.ej., fuera de los casos en que medien otras justificantes, el deber de revelar el secreto profesional –art. 156, C.P.– vaciará la antijuridicidad típica cuando una ley especial imponga la revelación; así ocurre con varias leyes sanitarias o con normas de carácter "procesal", que imponen a ciertos médicos la obligación de denunciar hechos de los que han tomado conocimiento en su actividad profesional).

A diferencia de lo que ocurre con las justificantes reguladas en tipos permisivos, en los casos que consideramos, el incumplimiento del deber por parte de quien hubiese actuado justificadamente de haberlo cumplido, implica una conducta ilícita que hasta puede alcanzar ribetes de antijuridicidad típica penal (p.ej., arts. 248, 249, Cód. Penal).

En la doctrina contemporánea –trabajando con el tipo sistemático– no se ha llegado a un acuerdo más o menos pacífico sobre la "naturaleza" del cumplimiento del deber. Aparentemente prima el criterio que lo ubica como justificante y muchos lo incluyen en el estado de necesidad; a diferencia del estado de necesidad como es el regulado por el art. 34, inc. 3°, C.P., que se da por "colisión de bienes", en el cumplimiento del deber se da un estado de necesidad por *colisión de deberes* (el cumplimiento de un deber importa el desconocimiento de otro deber) que tiene efectos justificantes y que se regiría por las mismas pautas que aquél (Bacigalupo). No han faltado quienes consideren que, siendo los deberes de igual jerarquía, en realidad la situación se resolvería dentro de la inculpabilidad (ver Bacigalupo, que critica esta solución porque "el orden jurídico no puede poner a una persona ante el dilema de obrar de una forma u otra... bajo la amenaza de que, de todos modos, obrará antijurídicamente"). Restringiendo las situaciones de justificación a los de los tipos permisivos, los casos de obligación de actuar son resueltos por la vía de la atipicidad (Bustos Ramírez).

Adopta esta solución Zaffaroni pero apoyándose en la negativa de que pueda existir una colisión de deberes de igual jerarquía, ya que siempre existirá un interés preponderante: "por conflictiva que sea la situación siempre una de las conductas debe ser conforme al derecho". En realidad, los deberes nunca son de igual jerarquía, son los bienes los que pueden ser de igual jerarquía; por eso parece lógico autorizar como justificante –dentro de nuestro criterio– el cumplimiento del deber (contra lo que cree Bacigalupo).

También como conflicto de deberes (obligaciones) se lo plantea Núñez, aunque él lo resuelve como un conflicto de deberes "no iguales", señalando que "prevalece la ley autoritativa especial, de igual o superior jerarquía constitucional (art. 31, C.N.)" y "la prevalencia también puede corresponder a una ley provincial (arts. 104, 105, Const. Nacional)".

1) *Ejercicio de la autoridad o cargo.* Incluido también en el art. 34, inc. 4°, C.P., es posible contemplarlo como caso específico del cumplimiento del deber. Puede tratarse del ejercicio de autoridad privada (p.ej., del deber-derecho de corrección emergente de la patria potestad) o pública; esta segunda por parte del que la inviste en razón del cargo que desempeña (p.ej., el empleo de fuerza del agente policial para reducir a quien se resiste al arresto) o de quien, sin poseer el cargo, ejerce la autoridad pública en virtud de una autorización legal (p.ej., la detención del autor de un delito "en flagrancia", autorizada por la ley procesal para cualquier ciudadano).

El supuesto citado en último término no deja de plantear algunas dudas, pues no siendo el ejercicio de la autoridad obligatorio, más bien parecería tratarse del ejercicio de un derecho; sin embargo, el derecho-autorización radica en autoinvestirse de autoridad (convertirse en funcionario *ad hoc* o de facto), pero una vez emprendida la acción en ese carácter, todo el despliegue de ella, su extensión y, por ende, sus límites jurídicos, dependen de las características del deber funcional.

Se advierte, con razón, que la redacción del art. 34, inc. 4°, no es del todo feliz, pues parecería que el ejercicio de la autoridad o cargo fuese un supuesto de ejercicio del derecho (Bacigalupo), cuando evidentemente su naturaleza es distinta, según acabamos de ver. Ya hemos dicho que, por considerar el ejercicio del cargo una obligación jurídica, para algunos trátase de un supuesto de atipicidad. Entre nosotros, Núñez distingue como supuestos independientes el ejercicio de la autoridad del ejercicio del cargo: en éste se trata del "ejercicio del propio poder de decisión correspondiente a un cargo público", en tanto que en aquél se da el "ejercicio de una facultad legal", pero no como derecho subjetivo, sino como "poder de imperio" respecto de otra persona, "cuya fuente no es el ejercicio del cargo público, sino situaciones jurídicas de otra índole"; aunque estas situaciones jurídicas pueden ser comprendidas por el ejercicio de la autoridad por su mayor amplitud conceptual, como expusimos, para noso-

tros el ejercicio del cargo no es más que una especificación de aquélla. En cualesquiera de los casos comprendidos en esta temática, como en el ejercicio del derecho, los límites de la justificación vienen establecidos por la "legitimidad" del ejercicio. Para algunos esos límites dependen de la "menor lesividad" admisible en el caso concreto (Bustos Ramírez), lo cual resulta dogmáticamente vago, por lo que sin duda es preferible fijar la medida de la legitimidad por la imposición del deber específico de actuar en ese caso según el orden jurídico (Bacigalupo) del que, en todo caso, surgirá el grado de lesividad constitutivo de aquélla, superado el cual se estará ante un abuso injustificado.

Quizá no entre nosotros, pero sí en otras latitudes, se ha notado cierta confusión entre el ejercicio del cargo y la legítima defensa, por lo menos cuando se trata de resolver los problemas planteados sobre el límite de permisividad del uso de la fuerza por parte de un funcionario. La distinción entre ambas situaciones de justificación se procuró determinar desde el punto de vista del carácter del bien "defendido": "el ejercicio del cargo es una causa que viene a amparar, fundamentalmente, el cumplimiento de funciones específicas, de naturaleza coactiva... y que, por tanto, se refiere a la defensa de bienes comunitarios y no a la de los bienes individuales" (Gómez Benítez). No parece que ese desarrollo sea necesario: el ejercicio del cargo es un ataque autorizado; la legítima defensa una repulsa menoscabante autorizada. De ahí las diferencias entre una y otra situación, y los distintos requisitos exigibles en una y otra.

2) *La obediencia debida como justificante.* Si se pensara en la obediencia debida (art. 34, inc. 5°, C.P.) como justificante, también tendría que considerarse una hipótesis de cumplimiento del deber.

Tengamos presente que para no pocos tratadistas la obediencia debida es un caso de justificación. Por supuesto que, cuando la orden es legítima, ninguna duda cabe de que se trata de un actuar justificado del ejecutor, pero porque él lleva a cabo una acción en sí justificada (ver al respecto el criterio de Núñez); pero el problema se plantea a propósito de la juridicidad de la ejecución de la orden ilegítima. Para considerar justificante la obediencia debida se ha pensado en una presunción de juridicidad de la orden dada dentro de los límites de la competencia del superior (Jeschek), o considerando que se da cuando por error el superior ha emitido la orden creyendo que funcionaban las condiciones jurídicas que la dotaban de legiti-

midad, etcétera. Sin duda, prima en la doctrina contemporánea el criterio de que no se trata de una justificante, sino de una situación de inculpabilidad, aunque las razones para seguir ese criterio no son uniformes.

Por nuestra parte, como ya lo hemos advertido, no creemos que se trate de una verdadera justificación (tesis que antes habíamos sostenido). Lo que en realidad interesa en los casos de obediencia debida es el fenómeno de que hay un sujeto subordinado que está jurídicamente obligado a cumplir la orden ilegítima (eventualmente constitutiva de un delito) de su superior; el hecho de que media esa obligación no quita ilegitimidad a la acción que realiza, lo cual convierte en enormemente complejo otorgar carácter de justificante a la obediencia debida porque aquel mismo hecho estaría justificado para el que obedeció, pero seguiría siendo ilegítimo para el que impartió la orden, con lo cual el principio de unidad de la antijuridicidad del ordenamiento jurídico quedaría desarticulado. Por eso resolvemos la hipótesis por medio de la coacción.

Empleando el concepto personal del injusto, parte de la doctrina considera posible que el subordinado actúe jurídicamente un acto antijurídico. El superior que impartió la orden es así un autor mediato, con el empleo de un instrumento personal "justificado". La tesis ha tenido bastante fortuna últimamente. Pero ni siquiera aquel concepto permite llegar a una tal conclusión.

Se dice, por ejemplo, que manteniéndose la ilegitimidad del acto, el paciente puede ejercer contra él mismo la legítima defensa, lo cual es exacto, pero adviértase que, según la tesis criticada, la legítima defensa se estaría ejerciendo contra quien, al actuar, lo hace justificadamente, lo cual, por sí –sin entrar a considerar especiales consecuencias exageradas– parece dogmáticamente ilógico.

c) *Justificantes reguladas en "tipos permisivos" específicos.* Si bien el ejercicio del derecho podría considerarse "un permiso" para atacar bienes jurídicos extraños, tratándose de una enunciación genérica, ya vimos que nos fuerza a buscar los tipos específicos en el resto del ordenamiento jurídico. Pero encontramos otros casos en que los tipos permisivos están especificados con mayor rigor conceptual por la misma ley penal. Se trata del estado de necesidad y de la legítima defensa.

1) *Estado de necesidad.* Es la situación en que se encuentra un sujeto en la que, como medio –"necesario"– para evitar la pérdida de bienes jurídicos propios (o de un tercero en determinados casos), ataca un bien jurídico extraño de menor entidad que el que trata de salvar. Actúa, pues, en estado de necesidad "el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño" (art. 34, inc. 3°, Cód. Penal).

En principio, cualquier bien jurídico es defendible de esa manera, pero no cualquier bien jurídico es atacable en función de tal defensa, sino el que es menos "valioso" que el que se procura alejar del peligro de ser vulnerado; tales determinaciones integran los requisitos del estado de necesidad como justificante, los que refieren, por una parte, al mal previsto que el agente pretende evitar con su acción y, por la otra, específicamente a esta última, es decir al acto que, contemplándose como "salvador", importa el menoscabo del bien jurídico extraño.

a) *Requisitos.* En cuanto al primer aspecto, se dice que el mal tiene que ser *grave*; en realidad trátase de un concepto totalmente relativo con el que se desea expresar que el mal que se procura evitar sea "más grave" que el que se causa para tratar de conseguir aquello; o sea no se hace sino traer una referencia al resultado del cotejo de los bienes jurídicos en conflicto; por tanto, la gravedad del mal a evitar no se considera en sí, sino con relación al mal que se causa (p.ej., tanto actuará en estado de necesidad el que para salvar su vida en un incendio vuela la finca lindera con explosivos, como el que para salvar sus plantíos de lechuga en época de lluvias intensas hace correr el agua hacia el fundo baldío de su vecino). Cuando la evaluación de los bienes comparados da como resultado que ambos poseen la misma jerarquía (p.ej., vida por vida), la doctrina mayoritaria resuelve el conflicto como situación de inculpabilidad (no exigibilidad de otra conducta-coacción).

> La estimativa de los bienes jurídicos a los efectos de su cotejo toma en cuenta la jerarquía de ellos y la importancia de la lesión que amenaza al uno y se infiere al otro (nadie duda de que la integridad física sea un bien superior al de la propiedad, pero parece ridículo pensar en un estado de necesidad en quien roba a mano armada –art. 166, inc. 2°, C.P.– una pomada en una farmacia para aplicársela en una uña encarnada). Para determinar la

diferencia, se acude a la importancia de las penas contenidas en la Parte Especial (ver Soler), a la intensidad del daño o peligro respecto de cada uno de los bienes, a las condiciones personales de los titulares "considerados objetivamente" (Zaffaroni). Se afirma que el daño que cabe en el estado de necesidad encuentra un límite cuando se trata de bienes individuales (no se da cuando se quita una pieza de un órgano compuesto a uno para salvar la vida o la función a otro, p.ej., un riñón para implantarlo, o un ojo para salvar la vista del que se va a quedar ciego), aunque hay casos en que ciertos bienes personales caben perfectamente en el cuadro de las justificantes (p.ej., privar de la libertad a alguien para evitar que atente contra su vida).

Últimamente se insiste en que es necesario que la diferencia aparezca como *esencial*, o sea, que el bien que se intenta salvar sea "marcadamente superior" al que se ataca (ver Bacigalupo).

El bien jurídico amenazado tiene que pertenecer al autor. Se acepta, sin embargo, la aplicación del estado de necesidad, mediando circunstancias especiales, cuando el agente, dándose las demás condiciones requeridas por la ley, actúa en *socorro de un tercero*. Aun puede darse el caso de que el bien menoscabado pertenezca a dicho tercero, cuando la acción tiende a salvar otro bien jurídico del mismo de mayor entidad (p.ej., privarlo de libertad para salvarle la vida).

El mal previsto, además de ser grave en el sentido antes indicado, tiene que ser *inminente*. El concepto de inminencia no es tan relativo como el anterior, ya que requiere a la vez que la seguridad o, cuando menos, grave probabilidad de su futura causación, una particular exigencia temporal: que se prevea su ocurrencia en un lapso suficientemente breve como para que el sujeto tenga que actuar inmediatamente con la finalidad salvadora; la simple previsión de un mal grave futuro, pero no inminente, aleja la justificante.

La inminencia es un grado de proximidad del peligro que indica que el daño se puede producir en cualquier momento a partir de aquel en que se suscitó el peligro de su ocurrencia, "sin que lo sea únicamente el que se habrá de producir dentro de un segundo" (Zaffaroni).

En tercer lugar, el mal que se trata de evitar debe ser *extraño al autor*, o sea no debe haber sido provocado por él (quien dio fuego a sus rastrojos sin hacer los parafuegos nece-

sarios y para evitar su extensión se apodera del equipo de labranza del vecino para realizarlos, no podrá invocar el estado de necesidad, aunque eventualmente pueda quedar cubierto por una situación de inculpabilidad), ni debe estar obligado a soportar el mal que lo amenaza; no actúa justificadamente el que tiene el deber de encarar el riesgo (p.ej., el agente de policía que priva de su libertad a una persona para usarla como "señuelo" para poner fin a las andanzas delictivas de un peligroso asesino, con el objeto de evitar serlo él), sin perjuicio de que en algunas situaciones también aparezcan aquí casos de inculpabilidad.

> No cualquier obligación jurídica elimina la condición de ajeno del mal amenazado, sino aquella que ha convertido al agente en garantizador del bien que ataca y ello en la medida determinada por el derecho (la tripulación del barco en peligro de zozobrar no actúa en estado de necesidad si arroja al agua los pasajeros para salvar la nave y sus vidas, pero sí en cuanto sea la mercadería la arrojada –Zaffaroni, aunque el ejemplo no es del todo propio–).

En cuanto al acto de salvación, tiene que ser *necesario*, lo cual no implica que haya sido efectivo –o sea que efectivamente haya evitado el mal mayor–; trátase, pues, de un concepto que más bien se refiere a un pronóstico excluyente que requiere, por una parte, la "racionalidad" del acto que se pretende como salvador (no cabe considerar como tal al acto causalmente irracional: sacrificar el gato del vecino para regar con su sangre una planta de gran valor para darle vigor, o socialmente irracional: usar la sangre del gato para regar la misma planta por no tener agua a mano) y, por la otra, que el agente no haya dispuesto de otro medio idóneo no delictivo para intentar la salvación (no cabe la justificante sobre el hecho de quien, en vez de emplear su propio matafuego para extinguir un incendio en su propiedad, prefiere apoderarse del que tiene el vecino, cuando uno y otro están en iguales condiciones).

b) *Casos especiales. El aborto terapéutico.* En ocasiones la ley regula casos particulares de estado de necesidad para los que no exige todos los requisitos que hemos enunciado. Así ocurre en nuestro derecho con el llamado *aborto terapéutico* (art. 86, inc. 1º, C.P.), donde hay dos vidas en juego; aun-

que se considere que la vida o la salud de la madre es más valiosa que la vida del feto (por la imposibilidad de afirmar con certidumbre la viabilidad de éste), igualmente quedará marginada la exigencia de la *inminencia* del mal que amenaza a la madre, ya que no se requiere el grado de proximidad del peligro según lo hemos explicado precedentemente: basta la certeza o gran probabilidad de la producción del mal, aunque no sea ella inminente.

2) *Legítima defensa.* La otra justificante prevista por un tipo permisivo es la *legítima defensa* (art. 34, incs. 6° y 7°, C.P.), que autoriza a defender bienes propios atacando bienes jurídicos de quien trata de agraviar aquéllos; trátase, por consiguiente, de una acción de repulsa autorizada.

Aunque en principio cualquier bien jurídico es defendible en esa forma, aun vulnerando bienes jurídicos del atacante que sean de mayor valor que el que se intenta salvar (no rige aquí la exigencia que hemos visto en el estado de necesidad), se menciona la vigencia de un criterio de "equidistancia" entre el bien atacado por la repulsa y el que se procura salvar (defender) con ella, invocándolo como comprendido en el concepto dogmático de "racionalidad del medio".

> Insiste la doctrina (Zaffaroni) en la naturaleza subsidiaria de la legítima defensa, ya que ella sólo aparece como justificante cuando el agente no dispone de otro medio jurídico para evitar la vulneración del bien, sobre lo cual volveremos al tratar de sus exigencias.

a) *Requisitos.* Expresamente están indicados en la ley (art. 34, inc. 6°, *a*, *b* y *c*, Cód. Penal).

En primer lugar, tiene que haber un atacante (a diferencia del estado de necesidad, la amenaza al bien sólo se concibe como obra del hombre), es decir, tiene que mediar una *agresión ilegítima.* Por tal se entiende un ataque (en curso o inminente) contra un bien jurídico, que no esté autorizado o justificado por el derecho. A ello responden muchos principios planteados como axiomas a lo largo de la evolución de la doctrina penal, p.ej., "no hay legítima defensa contra la legítima defensa", "no hay legítima defensa contra el que ejerce un derecho o cumple con su deber". No es indispensable que el

ataque constituya un "delito"; basta que sea antijurídico (por eso es posible la legítima defensa contra el actuar del inimputable).

Para gran parte de la doctrina el requisito de la agresión ilegítima limita la legítima defensa a la repulsa contra el atacante, sin que se pueda extender a terceros. Extremando este principio, se afirma que cuando los efectos del acto de defensa se extienden a terceros el agente podrá quedar comprendido respecto de ellos en un estado de necesidad o en una situación de inculpabilidad. Dejando de lado esto último (p.ej., situaciones de error) y aunque al fin la solución sea la misma (la consecuencia es igual si se lo ubica en el estado de necesidad o en la legítima defensa), nos parece que el efecto trascendente a terceros del acto de repulsa dirigido contra el autor de la agresión, sigue encuadrado en la legítima defensa.

En cuanto a los requisitos de la agresión, parte de la doctrina exige que, además de antijurídica, sea *intencional*, por lo cual no será admisible la legítima defensa contra una agresión *culposa*. En pro de esta conclusión dice Zaffaroni que "es una enormidad pretender que quien se ve amenazado tenga derecho a causar un daño sin proporción... con la magnitud del mal". Pero fuera de que nuestra ley sólo habla de agresión "ilegítima", no se trata de determinar la solución de la cuestión atendiendo a la "proporcionalidad", ya que pueden darse ataques culposos que amenazan con gravísimos daños. Cualquiera tiene derecho a repeler la conducta culposa de alguien que amenaza su vida (p.ej., del que está "jugando" con un explosivo peligroso). La circunstancia de que se requiera una conducta intencional no necesariamente excluye de la legítima defensa la repulsa contra la agresión culposa, y aun no parece tampoco justo excluirla ni siquiera en los casos de culpa inconsciente, aunque difícilmente nos encontremos ante un caso concreto de esta última especie (conf. Bustos Ramírez).

El ataque constitutivo de la agresión ilegítima *no tiene que haber sido provocado por el agente* (que se defiende). Se entiende que ha sido provocado por él cuando se ha colocado voluntariamente en peligro inmediato de que se produjera la agresión, dolosamente (p.ej., desafiando a pelear al que resulta atacante) o, en algunos casos, hasta actuando con culpa consciente (p.ej., el cazador que dispara en forma peligrosa en el potrero cercano a los edificios de una chacra y no atiende al pedido del encargado para que cese en dicha actividad). Pero sólo la provocación *suficiente* es la que coloca al agente fuera

del cuadro de la legítima defensa, es decir aquella que, según un sentido social de normalidad, tiene idoneidad como motivación para el ataque (en principio, por ejemplo, no lo es la simple broma o el displicente silencio).

Parece estar de acuerdo la doctrina en conformarse con exigir –como factor excluyente de la legítima defensa– que la provocación sea voluntaria o consciente, no siendo necesario que, a su vez, constituya un delito o una tentativa (Bustos Ramírez), por lo cual abarca desde el llamado *pretexto de legítima defensa* (se provoca para colocarse en situación de defenderse), hasta cualquier otra situación en que el agente se coloca voluntariamente en situación de ser agredido (Núñez), aunque ello se realice con un acto que no sea antijurídico (Bacigalupo) (según esto el amante de la adúltera que yace con ella sabiendo que puede ser sorprendido por el esposo no podría prevalerse de la legítima defensa sin perjuicio de que actúe en situación de inculpabilidad; contra: Bustos Ramírez). Por tanto, para que la provocación sea suficiente no es indispensable que, a su vez, constituya una "agresión ilegítima" (sobre la cuestión ver la opinión de Soler), basta con que sea un motivo suficiente para causar el ataque (Núñez). Según Zaffaroni la suficiencia depende del carácter positivo de la previsibilidad (que el agente pueda prever la agresión como resultado de su actividad) y de la exclusión de la consideración del carácter personal del eventual agresor (por más previsible que sea el ataque ante conductas normales, a raíz del carácter irascible del eventual agresor, no se podrá sostener que aquéllas importan provocación suficiente; "no hay provocación por la sola circunstancia subjetiva del agresor de sentirse personalmente mortificado o moralmente afectado" –Bustos Ramírez–).

La solución de los casos en que, sin constituir un pretexto de legítima defensa, ha mediado en ellos por parte del agredido provocación suficiente, ha dado lugar a las más variadas tesis, como la del exceso en la causa, la aplicación de los principios de la *actio libera in causa*, etc., aunque la doctrina mayoritaria se pronuncia por la inculpabilidad. Últimamente Zaffaroni, examinando particularmente el caso del amante de la adúltera que mata al esposo al ser atacado por éste, lo resuelve por medio del delito culposo, considerando que de parte de aquél hay una violación del deber de cuidado, aunque creemos que dicha violación sólo se puede considerar desde el punto de vista del peligro de los bienes de terceros, no de los propios, por lo cual nos parece difícil admitir dicha solución.

El acto de defensa debe ser *necesario*, entendiéndose por tal el que es suficiente para neutralizar el ataque antijurídico.

La ley se refiere a este requisito requiriendo la *necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión*; dicha racionalidad depende de la magnitud del peligro que corre el bien jurídico que se intenta defender (no de la comparación del valor de aquél con el del bien jurídico que se vulnera con la defensa), de las posibilidades de efectividad en el caso concreto (no es lo mismo usar el cabo del rebenque para impedir el ataque a golpes de puño de un escuálido vejete, que dispararle el revólver) y de la eventual extensión de la agresión ilegítima a otros bienes jurídicos (no es lo mismo oponerse a un hurto de mandarinas que lleva a cabo un grupo de gentes, con armas de fuego a la vista, empleando una escopeta, que dispararla contra los niños que se están apoderando de ellas mientras cazan pájaros con una pequeña honda). La ausencia total de este requisito coloca al agente al margen de la justificante; su aspecto parcial ante situaciones de exceso (art. 35, Cód. Penal).

También, como ocurre en el estado de necesidad, el acto de defensa no tiene necesariamente que haber sido efectivo; aunque no evite la vulneración del bien jurídico, basta con que haya sido realizado con esa finalidad para que se dé la legítima defensa.

La racionalidad o necesariedad del acto de defensa se conceptualiza de distinta forma en la doctrina contemporánea. Por ejemplo, para Bacigalupo la defensa es necesaria "si la acción del agredido es la menos dañosa de cuantas estaban a su disposición para rechazar la agresión en la situación concreta"; para Zaffaroni, implica que "la defensa no puede ser en condiciones tales que afecte a la coexistencia más que la agresión misma", causando "un mal inmensamente superior" al constituido por ésta.

Si bien en la legítima defensa no es necesario parangonar los bienes jurídicos en juego, a diferencia de lo que ocurre en el estado de necesidad, el criterio de la necesidad de la defensa y racionalidad del medio nos conduce a incluir en ella un concepto de *proporcionalidad* o *equidistancia*, que, en general podría expresarse diciendo que no puede caber en la legítima defensa el acto vulneratorio de bienes muy importantes como defensa contra ataques de bienes de escaso valor. La racionalidad del medio nos conduce a la necesidad racional de la defensa misma (Bustos Ramírez). Sin embargo, no se puede decir que los efectos de tal exigencia –implícita– hayan sido uniformemente determinados

por la doctrina: para algunos ello implicaría un límite cuando, por ejemplo, la defensa ataca bienes jurídicos fundamentales de las personas, como la vida, para proteger otros más alejados de dicha personalidad, como la propiedad (Zaffaroni); para otros llega a excluir el derecho de defensa en casos de "estrechar relaciones personales", en las que se debe emplear el medio menos gravoso "aunque sea inseguro" (ver Bacigalupo). Pero la verdad es que ha de ser por la vía del criterio de necesidad racional de la defensa como se solucionen las situaciones extravagantes de legítima defensa (repeler el ataque del ebrio, que se puede eludir con facilidad, quebrándole el cráneo de un golpe –Bustos Ramírez–, o el hurto de fruta de una quinta por niños de corta edad con tiros de escopeta, o el hurto de un fósforo, causando serias lesiones, etcétera).

b) *Actualidad de la agresión.* Aunque no se insiste mayormente en el tema, la misma necesidad de la defensa plantea como indispensable este requisito; ya que la defensa sólo puede ser necesaria cuando la agresión sea actual –o sea, está en curso– o por lo menos, aparece como inminente, o sea cuando el peligro de la agresión es suficientemente próximo como para que el agente se vea obligado a actuar para neutralizarla.

Insinúase, sin embargo, en la doctrina contemporánea la posibilidad de una *legítima defensa preventiva*, donde el acto de defensa se produce cuando todavía no se puede decir que la agresión exista, aunque se trata del medio adecuado y más efectivo para evitar que se produzca (p.ej., interferencia de teléfono para oponerse a una futura extorsión –Bustos Ramírez–). No cabe duda alguna de que estos casos no entran dentro del concepto de legítima defensa como justificante, aunque se podría discutir la culpabilidad de dichas actividades.

c) *Legítima defensa de terceros.* La defensa puede recaer sobre bienes propios o de terceros. La *legítima defensa de terceros* (art. 34, inc. 7°, C.P.) participa de los mismos requisitos, salvo el de no haber provocado el ataque: cuando la provocación al atacante ha partido del tercero, el agente actuará en legítima defensa de éste siempre que no haya intervenido en la provocación.

La participación del agente en la provocación del tercero puede reducirse a una instigación o extenderse a una coautoría ejecutiva o a una participación propiamente dicha, en cuyo caso puede ser principal o secundaria (Núñez). Pero si no se

da esa participación, aunque el agente conozca la provocación del tercero, no quedará excluida la legítima defensa.

Dentro de este tema se debate sobre la *legítima defensa del Estado*, donde, en realidad, la justificación se situaría, en todo caso, en el cumplimiento del deber, sin necesidad de acudir a un tipo permisivo específico como el que estamos examinando.

Ésta no es, sin embargo, una opinión unánime. Últimamente se distingue la defensa de la existencia del Estado de la defensa del régimen político del Estado (Blasco y Fernández de Moreda). Respecto de aquélla se admite la aplicación de la legítima defensa; respecto de la defensa del régimen político, se reduce la justificante al cumplimiento del deber por parte de los funcionarios, dentro del cuadro de las instituciones; sin embargo, algunos conciben la defensa del sistema político democrático para cualquier ciudadano como una legítima defensa (ver Zaffaroni).

d) *Defensas privilegiadas.* Nuestra ley prevé dos casos de *legítima defensa privilegiada*, ya que prácticamente se presume *iuris tantum* que se dan los requisitos de la legítima defensa de bienes propios cuando se rechaza un escalamiento o fractura de las defensas de la casa o habitación del agente, que se está practicando o preparándose para realizarlo inmediatamente (p.ej., cuando se está apoyando la escalera sobre el muro circundante), en horas nocturnas (de oscuridad nocturna, sin luz natural, aunque haya luz artificial), y cuando, habiéndose encontrado un extraño dentro del hogar (es decir, a alguien no perteneciente al círculo de personas que habitualmente están autorizados a penetrar en aquél), ofrezca resistencia (a retirarse ante el pedido explícito o implícito del que se defiende) (art. 34, inc. 6°, párrs. 2° y 3°, Cód. Penal).

§ 298. ***Exigencias subjetivas de las justificantes.*** – Aunque hoy se presenta algo acallado el debate, ha discutido intensamente la doctrina el tema de las exigencias subjetivas en las situaciones de justificación. En tanto que algunos pretendieron que, para que ésta funcionase, es suficiente la situación "objetiva", cualquiera que fuese el "ánimo" del sujeto, otros requirieron que a dicha objetividad se sumara el conocimiento de ella acompañado de la correlativa voluntad del autor de actuar justificadamente.

La tesis subjetivista parece hoy predominante. Es indudablemente útil para descartar la aplicación de los institutos que hemos expuesto en los casos en que media una "provocación" (pretexto) de justificación (lo que no sólo se reduce al pretexto de legítima defensa, sino que se extiende a las demás causales), o sea en aquellos casos en que el autor ha provocado expresamente la situación de justificación para aparentar que su ataque a los bienes jurídicos de terceros se da dentro de su esquema, pero también se plantea la subjetividad como un requisito exigible para contemplar la procedencia de la justificación en sí misma, puesto que la autorización del ataque por parte del derecho lleva ínsito el requerimiento de que el autor haya querido actuar con esa autorización; como el delito necesita para constituirse la reprochabilidad que se determina en la culpabilidad, la justificación requiere que el sujeto haya tenido en cuenta que actuaba de acuerdo con el derecho; la mera coincidencia de que un ataque querido como antijurídico se haya dado en circunstancias que objetivamente pueden fundamentar una situación justificada, no basta para dar por tierra con la antijuridicidad (el que habiendo premeditado dar muerte a su enemigo y viéndolo penetrar en su campo lo embosca y le da muerte, ignorando que portaba un arma de fuego con la que venía a atacarlo, no puede prevalerse de la legítima defensa).

Aunque el juicio de antijuridicidad es reconocido como objetivo, sea porque las causas de justificación están constituidas por actos dotados de sentido y significación, sea invocando el carácter personal del injusto (los finalistas), sea requiriendo para los tipos permisivos la congruencia entre tipo objetivo y tipo objetivo exigible por los tipos "prohibitivos", puede en general la doctrina contemporánea reconocer el carácter imprescindible del aspecto subjetivo de la justificación. Señálase, sin embargo, que dicho aspecto subjetivo se conforma con el conocimiento de las circunstancias objetivas y la finalidad de actuar en preservación de los bienes jurídicos que se trata de defender o salvar, sin que sea imprescindible saber y querer actuar de acuerdo con el derecho (Zaffaroni); aunque esto puede ser exacto en lo que respecta a la legítima defensa y al estado de necesidad, es más complejo admitirlo en otras situaciones de justificación, como las de ejercicio del derecho y el cumplimiento del deber.

En la legítima defensa, si bien se reconoce que el agente tiene que saber que actúa protegiendo un bien jurídico, se discute si

ella requiere una cabal intencionalidad de defensa; para muchos esa intencionalidad se consustancia con el concepto mismo de legítima defensa; por eso, por ejemplo, excluyen la posibilidad de ella en el delito de riña (entre nosotros, homicidio y lesiones en riña) (ver Bustos Ramírez), criterio que puede ser discutible. En el estado de necesidad nuestra fórmula legal ("por evitar", art. 34, inc. 3°, C.P.) aleja toda posibilidad de una configuración escuetamente objetiva en la justificante: el autor debe haber actuado motivado por la necesidad de impedir el mal mayor; por ello no basta la mera coincidencia ("si alguien, al realizar un hecho penalmente típico –la destrucción de una vidriera– casualmente evita un mal mayor –la asfixia del ciudadano–, no comete un daño justificado" –Núñez–). En verdad parecen tener razón quienes dicen (Lenkner) que se trata en todo caso de una discusión formal o académica, puesto que muy difícilmente se puede decir, de quien tiene conciencia de la situación de peligro de su bien jurídico, que va a actuar sin intención de defensa.

Otra cosa es que dicha intención de defensa vaya acompañada en la subjetividad del autor con algún otro "ánimo" (p.ej., quien, al defenderse legítimamente, satisface con el hecho un deseo de venganza). En tales casos la superposición de "ánimos" no excluye la finalidad propia de la justificación.

a) *Justificación en el delito culposo.* La doctrina ha llegado a reconocer –como vimos– que la justificación también puede operar en materia de delito culposo, cuando el ataque defensivo no ha sido querido como tal –o con la extensión que alcanzó–, sino que se dio dentro de una situación de justificación, y por inobservancia de un deber de cuidado (cosa que, advertimos, no todos aceptan). Ello puede ser algo normal en situaciones de legítima defensa (p.ej., quien para rechazar un escalamiento nocturno decide simplemente "amenazar" con un arma de fuego, pero al no advertir que no tiene el seguro colocado, se produce el disparo que lesiona al escalador) (sobre la cuestión, ver las citas de Bacigalupo).

Alguna doctrina, procedente del finalismo, insistiendo en la incongruencia que en el delito culposo se da entre los aspectos objetivos y subjetivos, ha considerado que en aquél "la justificación no requiere un elemento subjetivo", porque en ellos "el disvalor de la acción no depende de la dirección de la voluntad... sino de la infracción del deber de cuidado, que es independiente del conocimiento del autor" (Bacigalupo); para nosotros esto último no es exacto, por lo que nos parece que el autor debe haber querido actuar en defensa de su bien jurídico, aunque no haya querido hacerlo de la determinada manera y con los efectos

que resultaron de su acción; también en estos casos tiene que mediar, por tanto, una "voluntad de defensa" (Jeschek).

b) *Justificación putativa.* Asimismo, es insuficiente para que operen las justificantes excluyendo la antijuridicidad, la mera voluntad de justificación que no se inserte en las circunstancias objetivas propias de aquéllas (p.ej., el que se defiende creyendo estar ante un ataque cuando sólo se trata de una broma de sus amigos), aunque en esos casos el error sobre la justificación puede resolverse como inculpabilidad (*justificación putativa*, como capítulo de la teoría del error). Pero, por supuesto, la voluntad de justificación es suficiente cuando coincide con una situación objetiva de justificación, aunque no sea la misma que el sujeto ha tenido presente al actuar (*error sobre la especie de justificante*, p.ej., el que dispara en la oscuridad sobre un hombre que lo ataca armado con un cuchillo –legítima defensa– creyendo que es un perro que lo ha asaltado –estado de necesidad–).

§ 299. ***Justificación y responsabilidad.*** – Puesto que el acto justificado no es antijurídico, no puede considerárselo presupuesto de la pena; la ausencia de responsabilidad penal por él es, pues, uno de sus efectos principales, que se extiende a todos los que hubiesen intervenido en él como partícipes, a título de complicidad o inducción (instigación). Por el principio de unidad de la antijuridicidad, con relación a un mismo hecho, es imposible pensar que la justificación favorezca a un partícipe y no a otros (p.ej., que favorezca al autor y no al cómplice).

No dejan de integrar cuestiones preocupantes los casos en que el cómplice no actúe con la misma voluntad de defensa que el autor. Si nos atuviésemos a los extremos interpretativos propugnados por el concepto personal del injusto, tendríamos que llegar a la conclusión de una justificante que produce sus efectos sobre el autor y no sobre el cómplice. Sin embargo, el cómplice que así actúa estaría en una situación de delito putativo por ausencia de la antijuridicidad que debe recepcionar el tipo para poder imponer la pena.

Ya hemos visto que últimamente se reconoce la posibilidad de que actúe justificadamente el ejecutor de una orden ilegítima frente al actuar injustificado de quien la emite, opinión que hemos criticado.

En cuanto a la responsabilidad civil, en virtud del principio de unidad de la antijuridicidad en la totalidad del ordenamiento jurídico, la doctrina insiste en su exclusión cuando el hecho está justificado.

Sin embargo, es conveniente formular algunas distinciones: si tal responsabilidad se funda exclusivamente en el carácter ilícito del hecho (es decir, que la reparación sólo procede si media el hecho como ilícito), aquel principio es aplicable en toda su extensión, aunque se señalan, como salvedad, los casos de *abuso del derecho*, cuando ese abuso no alcanza a fundar la antijuridicidad reconocida por los tipos penales –ni siquiera por conducto del exceso en las justificantes– pero es suficiente para la civil (excepción que nos parece muy difícil de fundamentar y de la cual no hemos encontrado ejemplos admisibles). Mas en casos particulares de algunas justificantes, como serían situaciones de estado de necesidad, la fuente reparatoria puede presentarse pese a la mediación de aquéllas, ya por aplicación de la regulación del "enriquecimiento sin causa" (Núñez), ya por vía de la equidad: parecería que quien salvó sus bienes a costa de los bienes de un tercero, empobreciéndolo, no puede quedar ajeno a la obligación de repararlo en alguna medida.

Eso sí, hay que aclarar que nada tienen que ver con ello las hipótesis de *responsabilidad objetiva*, en las que ni siquiera se requiere la ilicitud del acto para dar origen a la responsabilidad reparatoria (responsabilidad por riesgo creado), en las que la fuente de ella se asienta sobre la actividad peligrosa autorizada como contrapartida de los beneficios que ella proporciona a quien la realiza a costa del peligro de los bienes jurídicos de terceros.

§ 300. ***Límites éticos de las justificantes.*** – Sostiene Roxin que en tanto la tipicidad está más firmemente atada a la legalidad formal, la antijuridicidad está más cerca del cambio social, trasciende a él. Tal consideración explica, para buena parte de la doctrina actual, la existencia de límites que vienen impuestos a la justificación por exigencia de carácter ético-social. Es en virtud de restricciones de esa procedencia como, por ejemplo, se propone que la violencia de quien ejerce una legítima defensa aparezca como justificada, cualquiera que sea su resultado (p.ej., la muerte del agresor), cuando se defienden bienes personalísimos (como la vida o la libertad), pero no cuando se trata de bienes de distinta naturaleza (como la propiedad). Se indica que

"actualmente está más que discutido [el] derecho a matar intencionadamente en defensa de la propiedad, y se pretende restringirlo a la defensa de las personas directamente amenazadas por el agresor".

Hemos visto que no están lejos de estas ideas algunos de nuestros tratadistas; pero lo que ahora nos interesa es señalar que el acentuado ingreso de las restricciones ético-sociales en materia de justificación, especialmente en la esfera de la legítima defensa, se apoya en el doble fundamento que se da a ésta: la autoprotección y la defensa del derecho, que se unen a las necesidades de prevención especial de la pena.

No todas las agresiones serían merecedoras de una legítima defensa que funcione como sustitutivo de la prevención general de la pena; los hitos de ese merecimiento estarían marcados, al menos en gran medida, por pautas ético-sociales. Por ejemplo, frente a las agresiones de inculpables o de quienes actúan en situaciones de imputabilidad disminuida, se considera que el marco de necesidad "aconseja más evitar la defensa directa y la búsqueda de ayuda de la autoridad, si ello es posible, que el confrontamiento lesivo de bienes jurídicos del agresor" (Gómez Benítez). Dentro de ese panorama se insertan las versiones de los que pretenden formular como principios generales los que, más bien, tienen características de consejos, como la propuesta de Roxin, de que el ejercitador de la defensa, en los supuestos indicados, tiene que "ofrecer una resistencia inicialmente disuasiva y soportar el riesgo de pequeños perjuicios".

En un orden parecido se resuelven los casos de agresiones insignificantes, negándose la necesidad de la defensa "cuando la reacción defensiva afecta gravemente a la integridad o a la vida del agresor".

Tales cuestiones no dejan de ser fácilmente solucionables con la aplicación de los antiguos criterios sobre la necesidad de la defensa, debidamente construidos con la consideración de la equidistancia de los bienes en conflicto, dejando de lado lo que puede ser un factor de bruma sobre los límites de la antijuridicidad-justificación.

2) Las hipótesis de exceso

§ 301. *Concepto de exceso.* – Puede ocurrir que en el desarrollo de una acción justificada el agente llegue a emplear medios que "excedan de la necesidad", es decir, que haya intensificado su acción más allá de lo que era admisible para que quedase adecuada a la justificante. Tal es el tema del *exceso*.

La doctrina de sistemas que no contienen una previsión legal de él, elabora su teoría como un supuesto de inculpabilidad que en algunos casos puede llegar a excluir totalmente la reprochabilidad de la conducta y en otros (el exceso como error procedente de la violación de un deber de cuidado) puede dejar vigente la reprochabilidad de aquélla a título de culpa.

Nosotros contamos con una regulación expresa en el art. 35, C.P.: "El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia". La circunstancia de que la ley se remita a la culpa para determinar sólo la pena, ha conducido a parte de la doctrina a considerar el exceso como un supuesto de dolo; otra, adscribiéndose a doctrinas con fundamentos más genéricos, lo contempla como caso de error evitable, es decir, de culpa.

En realidad el exceso, para ser punible, tiene que ser "querido"; pero el problema estriba en resolver si debe ser "querido como exceso" –en cuyo caso sin duda se lo reprocharía a título de dolo– o debe ser querido siempre como un medio para actuar justificadamente –en cuyo caso sería reprochable a título de culpa–. Es esto último lo que nos parece más exacto, porque condice mejor con los principios que rigen el aspecto subjetivo de la justificación, ya que no se puede decir que quien ha querido ir más allá de lo que era necesario para actuar justificadamente, haya querido actuar justificadamente.

Últimamente se advierte en la doctrina argentina una fuerte tendencia a considerar los casos de exceso como conductas dolosas. Tal es, para Zaffaroni, aunque las ve con un menor contenido de antijuridicidad; rechaza la posibilidad de tratar estos casos como casos de error (de prohibición) y sostiene que todos los que se aducen como ejemplos, en realidad son hipótesis de justificaciones incompletas, donde faltan algunos de sus requisitos. El menor contenido de antijuridicidad provendría de la circunstancia de que es más antijurídica la conducta que comienza y termina siendo delictiva que aquella que comienza siendo justificada y termina siendo delictiva. Bacigalupo, que sitúa ahora el tema del exceso dentro de la atribuibilidad, ha considerado que no se lo puede caracterizar como culposo "en la medida que quien se excede hace lo que quiere" y que la creencia errónea sobre el límite del obrar permitido "no modifica para nada aquella circunstancia".

En cuanto a lo primero, hay que insistir en que el hecho del comienzo justificado de la acción nada dice en contra de que el exceso aparezca como hipótesis de culpa, en que el autor quiere permanecer en la justificante, aunque lo hace con medios inapropiados que hubiese podido corregir (error vencible); en cuanto a lo segundo, ya dijo Núñez que una cosa es querer matar y otra querer matar justificadamente.

En realidad los ejemplos que se ponen para sostener el criterio del dolo en el exceso, o son casos en que no hay justificación porque es una acción producida fuera de sus circunstancias (p.ej., disparar contra el agresor que huye –ver Sandro–) o pueden caber dentro de la justificación (los golpes de puño aplicados "de más" para asegurarse de que no se reanudará la agresión, que no ha cesado, ya que no se le puede exigir al que se defiende que soporte el álea de la continuación de aquélla; como ocurre también en el caso de que el defensor logre apoderarse del cuchillo de su atacante en medio del forcejeo e infiera con él a éste la puñalada mortal).

Pensamos que Núñez aclara correctamente la naturaleza del exceso, insistiendo en que el autor pretende mantenerse dentro de la justificación, porque "si el agente traspasa intencionalmente los límites que le impone la necesidad, la ley o la autoridad, no se encuentra dentro del exceso, sino que obra de manera injustificada... el autor ya no obra en el cumplimiento de un fin legítimo, sino de uno ilegítimo... lo que, por el contrario, conduce al agente al exceso es la negligencia o la imprudencia o su inobservancia reglamentaria o de los deberes a su cargo, que induciéndolo en error acerca de las reales circunstancias del caso, no le permitió apreciar correctamente la situación de necesidad...".

El exceso es una acción justificada que se convierte en injustificada por un despliegue voluntario de intensidad, que "excede la necesidad" de defensa o el límite de la autorización, pero que el autor no lo asume como tal, es decir, con noción de que se excluye de la justificante.

§ 302. ***Requisitos. El denominado "exceso en la causa".*** Un resumen de lo expuesto nos lleva a considerar un primer requisito necesario para la aplicación de la regla del art. 35, C.P.: el exceso requiere que el autor haya comenzado a desplegar una acción justificada en principio, pero empleando medios que superan los que hubiesen bastado para cumplir la finalidad justificante propuesta, aunque sin abandonar su voluntad de actuar justificadamente.

Esta explicación excluye de la regla del art. 35, C.P., los casos del llamado *exceso en la causa*, en que el agente se ha colocado en situación de peligro, pero sin pretender expresamente que se produzca la agresión ilícita (el amante de la adúltera que se coloca en situación de ser sorprendido por el esposo *in re venerea*, y, atacado por él, le da muerte), que ya hemos visto que se resuelve como problema de "provocación suficiente", y en todo caso puede ser tratado dentro de la teoría negativa de la culpabilidad.

> Los casos de exceso en la causa son aquellos en que la agresión no es proporcionada a la provocación del agredido. "Por justa que sea la tesis –nos dice Núñez– lo cierto es que el Código Penal no la ha receptado... tampoco puede surgir del art. 35... que atiende a la relación de la agresión con el medio empleado para evitarla o repelerla (y no la relación entre la provocación del agredido y la agresión que desencadena)".

La misma explicación separa las hipótesis de exceso de las llamadas *justificantes incompletas*, en las que falta alguno de los requisitos exigidos por las causas de justificación (p.ej., la racionalidad del medio en la legítima defensa o la inminencia del mal más grave en el estado de necesidad). Las justificaciones incompletas no están reguladas por nuestra ley; en esos casos, por tanto, si no se resuelven como situaciones de inculpabilidad, únicamente pueden ser apreciadas por el juez dentro de las pautas de individualización de la pena (art. 41, Cód. Penal).

El segundo de los requisitos del exceso, según surge del concepto que de él hemos dado y de la naturaleza que le hemos atribuido, es que los actos que lo constituyen se hayan desarrollado cuando aún no haya desaparecido la situación de justificación y el autor, apreciándolo de ese modo, siga actuando con la finalidad de adecuar su conducta a la justificante. No hay exceso, por tanto, sino una simple acción antijurídica, eventualmente culpable con la forma de dolo, cuando los medios se han empleado innecesariamente por haber cesado la situación de justificación (el que dispara sobre el antagonista herido que ha quedado totalmente incapacitado para actuar, lo que así es apreciado por el autor; esta situación no debe confundirse con la de aseguramiento de la defensa cuando el agresor todavía

está en condiciones de atacar; p.ej., como vimos, herir al atacante al que se ha conseguido quitar el cuchillo cuando todavía forcejea él por la posesión del arma).

Resumiendo lo expuesto, puede decirse que el exceso presupone el *hacer necesario excesivo*; necesario en cuanto no ha dejado de ser racionalmente adecuado según la acción justificada; pero excesivo porque para dicha acción hubiese bastado un empleo menos intenso de los medios, lo cual el autor no advirtió; la mayor intensidad excesiva puede originarse en la propia calidad del medio (usar un grueso garrote para neutralizar un ataque a mano limpia que se hubiese podido repeler del mismo modo), o en el mayor poder vulnerable de la mecánica con que se aplicaron los medios (repetir los golpes sobre la cabeza del antagonista cuando hubiesen bastado algunos menos).

Pero, de conformidad con lo que hemos adelantado, la punibilidad por exceso en la justificación presupone la vigencia de un error vencible sobre la intensidad excesiva. Si sobre ella media un error invencible, no sería de aplicación el art. 35, C.P., sino que se estaría en una situación de inculpabilidad (no sería reprochable la conducta de quien creyéndose atacado con un arma de fuego, dispara la suya contra su antagonista, cuando éste lo atacaba con un trozo de caña, si las circunstancias –nocturnidad, forma del objeto– daban pie a la errónea creencia).

De lo dicho puede haber quedado en claro que el exceso al que nos referimos al mentar el art. 35, C.P., es el llamado *exceso intensivo*, ya que el denominado *exceso extensivo* siempre entraña hipótesis de no justificación. Normalmente nuestra doctrina y jurisprudencia no acuden a esta nomenclatura, pero es ella bastante común en otras latitudes.

La jurisprudencia española ha descripto el exceso extensivo como ausencia de "estado defensivo" (especificándolo sobre la legítima defensa; aunque nada obsta a su extensión a otros tipos permisivos), "por no existir aún actualidad o inminencia del ataque, o bien porque la reacción se prorroga indebidamente, por haber cesado ya la agresión"; su principal problema se reduce, pues, al que ya hemos tratado: distinguirlo del verdadero exceso reconocido por la ley como aminorante de la punibilidad (el intensivo), que es el constituido por un "exceso de reacción" que supera los límites de la necesidad (sobre ello, ver Gómez Benítez).

D) Inimputabilidad

§ 303. *Concepto.* – Ya dijimos que es la incapacidad del sujeto para ser culpable, o sea para saber lo que hace y conocerlo como contrario al derecho y para dirigir sus acciones de acuerdo con ese conocimiento (art. 34, inc. 1°, Cód. Penal). Inimputable, pues, es quien no posee las facultades necesarias para conocer su hecho en la forma y extensión requeridas por la ley para que su conducta sea presupuesto de la punibilidad, por lo cual se encuentra en la imposibilidad de dirigir sus acciones hacia el actuar lícito, por no haber tenido capacidad para conocer o no poder dirigirlas ni aun conociendo lo que hace. Esta última posibilidad surge expresamente de la ley cuando distingue, mediante la disyunción "o" el *comprender la criminalidad del acto* del *dirigir sus acciones*.

> Correctamente ha distinguido Zaffaroni, según lo hemos expuesto, la incapacidad de dirigir las acciones como hipótesis de ausencia de conducta, que es totalmente independiente de la capacidad de conocimiento del carácter de la conducta, de la "incapacidad para dirigir las acciones conforme a la comprensión de la antijuridicidad", que es la hipótesis de inimputabilidad.

§ 304. *Causas de inimputabilidad.* – Hemos dicho que los requisitos de la inimputabilidad son la madurez, la salud mental y la plenitud de la conciencia. Cuando falta alguno de esos requisitos estamos ante situaciones de inimputabilidad. Veamos.

a) *Inmadurez.* En nuestro derecho depende del factor biológico "edad". En realidad son dos los criterios que se pueden aplicar para determinar si un sujeto es o no maduro para comprender y dirigir sus acciones: el del *discernimiento*, según el cual hay que examinar en cada caso particular si el individuo posee dicha capacidad, y el *objetivo*, en el que, por debajo de una edad fija, se presume *iuris et de iure* la inmadurez del sujeto. Este último es el seguido por la ley argentina, que actualmente declara "no punible" al "menor que no haya cumplido dieciséis años de edad" (art. 1°, ley 22.278, modificada por ley 22.803).

Nuestra ley se refiere también a otra categoría de menores –los de 16 a 18 años–, a los que también declara "no punibles", pero únicamente con relación a ciertos delitos: los que sólo están reprimidos con multa e inhabilitación o tengan asignadas penas privativas de libertad de menos de dos años, y los que sean perseguibles por acción privada (art. 1°, ley 22.278, según ley 22.803); es dudoso que esto signifique una presunción de inimputabilidad; se muestra más bien como una renuncia a la pena para poder sustituirla por las medidas educativas que la ley prevé en sustitución de aquélla.

b) *Disminución de la capacidad mental. Insuficiencia de facultades y alteraciones morbosas.* La disminución de la capacidad mental es otra causa de inimputabilidad, que aparece en aquellos casos en que la capacidad mental que el sujeto posee se encuentra afectada de tal modo que no le permite comprender y dirigir sus acciones.

El art. 34, inc. 1°, C.P., plantea dos posibilidades en cuanto al origen de la disminución: la de *insuficiencia de facultades* y la de *alteraciones morbosas de ellas*. Pese a la relatividad y al continuo cambio de los conceptos que se manejan en las ciencias médicas y en la psicología (psiquiatría), dentro de la primera pueden comprenderse todos los casos en que falte un desarrollo mental suficiente, como serían los de las *oligofrenias* (idiocias, imbecilidad, debilidad mental). También se ha ubicado aquí la *sordomudez* –no enunciada expresamente por nuestra ley, a diferencia de otras–, pero siempre que se trate de una sordomudez que haya repercutido en el desarrollo mental del individuo, teniendo como consecuencia aquella disminución (lo que, como no siempre ocurre, tendrá que ser determinado en cada caso). En los segundos se colocan los casos de desarrollo mental anómalo, ya se deba a enfermedades mentales propiamente dichas (psicosis), ya provenga de trastornos mentales de otro orden (neurosis, psicopatías).

Según se infiere de lo dicho, no todos los casos de disminución de la capacidad mental son de *enajenación*, en cuanto a enfermedad mental propiamente dicha, y habrá que distinguir porque las consecuencias en orden a las medidas de seguridad aplicables son distintas, según se trate o no de un caso de enajenación.

c) *Estados de inconsciencia*. También es causal de inimputabilidad el *estado de inconsciencia* (art. 34, inc. 1°, C.P.); pero hemos visto que cuando la inconsciencia llega a ser absoluta, anulando totalmente la voluntad, lo que desaparece es la acción como tal; como supuestos de inimputabilidad quedan, pues, los estados de grave perturbación de la conciencia que incapacitan al autor para comprender y dirigir las acciones; así ocurre con los estados de delirio febril, intoxicaciones (etílicas, por drogas, etc.), sugestiones hipnóticas (que no alcancen el grado de anular totalmente la voluntad, equiparándose a la "*vis* absoluta"), ciertas etapas del sueño y algunas consecuencias de trastornos afectivos.

d) *Miedo o terror*. La cuestión de las repercusiones de los trastornos afectivos no deja de ser un tema muy debatido en doctrina.

Los estados de *miedo* o *terror*, normalmente aceptados como situaciones de inculpabilidad, no ofrecen soluciones uniformes en cuanto a su funcionamiento como situaciones de inimputabilidad; sin embargo, asumiendo un grado de máxima intensidad, podrían llegar a perturbar tan profundamente la conciencia, que convirtieran al sujeto en incapaz, por lo menos de dirigir sus acciones.

En cuanto a las *emociones violentas* procedentes de distinto origen, en ciertos casos también pueden superar el grado que las reduce a operar como factor de atenuación de la pena (arts. 81, inc. 1°, 93 y 105, C.P.) para asumir entidad suficientemente perturbadora de la conciencia que convierta al autor en inimputable en el momento del hecho; nuestra jurisprudencia ha hecho reiterada aplicación de esta solución.

Como se ve, es obvio que en estas hipótesis no se pueden aplicar al inimputable las consecuencias jurídicas de los estados de enajenación.

e) *Toxicofrenias*. Últimamente se ha colocado este factor entre los estados de inimputabilidad. Trátase de aquellos individuos "que tienen incorporado un tóxico a su forma de vida" (Zaffaroni). Por supuesto que ello es posible en cuanto la toxicofrenia haya tenido una repercusión, como puede ser la disminución de la capacidad mental.

f) *TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO.* Otro tema debatido ha sido el del llamado *trastorno mental transitorio*, denominación ésta que se propuso para sustituir la de *estado de inconsciencia*, a fin de distinguir perfectamente tales supuestos de los de enajenación, considerando que éstos tenían un carácter más permanente, y para evitar la referencia a la noción de "inconsciencia", de suyo imprecisa, más si se considera que, por lo menos desde el punto de vista de la imputabilidad, no hay estados de inconsciencia "puros" (éstos fueron los argumentos empleados para introducir aquella nomenclatura en el art. 8º del Cód. Penal español de 1932, de los que participó Jiménez de Asúa). Pero la propuesta de sustitución no tuvo mayor fortuna y la denominación de trastorno mental transitorio queda reservada –al menos entre nosotros– para designar los factores de inimputabilidad a que nos hemos referido precedentemente, cuando no tienen carácter de permanencia.

§ 305. ***MOMENTO DE LA INIMPUTABILIDAD. "ACTIO LIBERA IN CAUSA"; REMISIÓN.*** – De acuerdo con lo que hemos expuesto al referirnos a la imputabilidad, el momento en que la situación de inimputabilidad es relevante desde el punto de vista de la teoría negativa del delito, es el de la acción-conducta, o sea aquel en que la voluntad se manifiesta externamente (se haya o no alcanzado el resultado típico en ese mismo momento). Asimismo, advertimos que ese principio sufre excepciones en las hipótesis de *actio libera in causa*, que allí explicábamos.

§ 306. ***EFECTOS DE LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA.*** – Debemos tener muy en claro que la imputabilidad disminuida no es una figura o forma de inimputabilidad, sino de imputabilidad: el imputable puede ser más o menos imputable; el inimputable lo es sin que se pueda pensar en grados de su inimputabilidad. Por eso es que las leyes que regulan la imputabilidad disminuida le asignan a los actos típicos cometidos por un sujeto en ese estado (o sea, de grave disminución de su capacidad de culpabilidad sin que ella haya desaparecido totalmente), una pena de menor entidad, lo cual, como dijimos, no ocurre en nuestro derecho.

§ 307. ***Efectos de la inimputabilidad. Medidas de seguridad.*** – El inimputable que ha cometido un hecho antijurídico típico no queda, en principio, fuera del derecho penal. El efecto de la inimputabilidad es la *sustitución de la pena por la medida de seguridad*, la que es regulada por el mismo art. 34, inc. 1°, párrs. 2° y 3°, C.P., que distingue dos situaciones: si la causa de inimputabilidad puede ser catalogada como "enajenación" el juez puede ordenar la internación en un manicomio; en otro caso procederá la internación "en un establecimiento adecuado". Si atendemos a la formulación de la disposición legal se puede determinar que en ambos casos el fundamento de la medida depende del carácter de "peligroso" del sujeto, pues en uno y otro la duración del internamiento se hace depender de la desaparición de dicha característica. Hay que aclarar que tal peligrosidad no se asimila a la peligrosidad criminal propiamente dicha, sino que depende del peligro de que el agente se dañe a sí mismo o a los demás.

E) Teoría del error

§ 308. ***Ubicación de la teoría del error en la teoría negativa del delito. Fundamento.*** – En cuanto teoría unitaria de exclusión de los presupuestos de la pena, no parece absolutamente necesario –al menos en nuestro derecho– esforzarse por situar la teoría del error como pura negación de la culpabilidad u otorgarle la doble función de negación del tipo y de negación de la culpabilidad, distinguiendo el *error de tipo* (incluyéndolo en el examen del tipo subjetivo de los finalistas) del *error de prohibición*. Aunque esta distinción, considerada en sí misma, puede ser lógicamente exacta (de hecho la emplearemos, como se verá, en algunos desarrollos), no creemos que alcance a desplazar la consideración del error por medio de una teoría unitaria, ya que en la teoría del delito sus efectos no son distintos; pese a los esfuerzos que se han realizado para afirmar lo contrario, sus repercusiones "externas" son idénticas (p.ej., con relación a la responsabilidad civil la consideración del error, según la regulación argentina, no permite asignar efectos distintos al error de una y otra especie según el criterio bifuncional).

Sea que el error verse sobre los elementos del tipo en sentido estricto o sistemático (que, insistimos, no es el que nosotros empleamos), o sobre otros elementos expresa o implícitamente comprendidos en el tipo-figura, incluida la antijuridicidad tal como viene delineada en él, su fundamento como factor negativo es el mismo. Se dan casos en que el derecho en general, o el derecho penal en particular (aunque operando como ordenamiento jurídico general), no pone a cargo del autor, capaz de conocer las características jurídicas de lo que hace, la falta de conocimiento o el falso conocimiento de ello, considerando que en esos casos no puede requerirle las mínimas precisiones cognoscitivas sobre las que se apoya la esencia subjetiva de la responsabilidad penal.

Si en las hipótesis de inimputabilidad el derecho tiene presente los factores que han impedido al sujeto conocer lo que hacía por ausencia o menoscabo de su capacidad para relacionar su acto en y con el mundo que lo rodea (incluso el de las normas jurídicas); si, como más adelante veremos, en otros casos el derecho considera que no puede exigir al sujeto que actúe de acuerdo con el mandato que conoce, en las situaciones de error el derecho bloquea la pena por considerar que el sujeto no conoció lo que debió conocer para ser punible (salvo que, por razones especiales, tal defecto de conocimiento tenga su origen en una infracción del deber de cuidado, con lo cual será punible el remanente culposo de situaciones de error excluyente del dolo).

Pensamos que en nuestro derecho la teoría unitaria del error encuentra apoyo en el art. 34, inc. 1°, C.P., que declara "no punible" al que no haya podido "comprender la criminalidad del acto" por "error o ignorancia de hecho no imputable".

Zaffaroni, cuya estructuración del delito lo hace partidario del criterio bifuncional estricto del error, critica la teoría unitaria en cuanto considera que elimina la culpabilidad, empleando, entre otros, argumentos que acuden a la vía del absurdo, como es el de que aquella teoría reconocería la posibilidad de punir una tentativa culposa, cuando por un error vencible el agente cree encontrarse en una situación de legítima defensa y en su actividad de defensa no logra el resultado que persigue por causas ajenas a su voluntad (p.ej., el disparo no da en el blanco). El argumento no deja de estar inteligentemente insertado en el debate, pero

dogmáticamente es inaplicable, puesto que la tentativa no puede ser más que dolosa; es la propia ley la que veda la consideración del "engendro lógico" de la tentativa culposa, por lo cual tenemos que admitir que ninguna incongruencia se puede hacer resaltar con ello en la teoría unitaria del error; menos todavía con las modalidades en que aquí la exponemos.

1) Concepto de error. Las especies de error y su influencia en la teoría negativa del delito

§ 309. ***Error e ignorancia.*** – Entiéndese por *error* la falsa noción sobre algo y por *ignorancia* el desconocimiento sobre algo. Jurídicamente la ignorancia funciona como un caso de error; el desconocimiento induce a error sobre el carácter de la conducta, ya que el fundamento de éste como factor negativo del delito es el desconocimiento de que se observa una conducta antijurídicamente típica. Ello explica por qué la teoría se refiere al error, implicando en él ambas formas.

§ 310. ***Error de hecho y de derecho.*** – Durante mucho tiempo, siguiendo fielmente la teoría general del hecho ilícito civil, con principios normalmente extraídos del derecho civil, se distinguió el *error de hecho* (que versa sobre los elementos fácticos del delito: la acción como conducta manifestada, incluyendo por supuesto el proceso causal), del *error de derecho* (que versa sobre los elementos jurídicos del delito: la prohibición penal de la conducta –tipo– y los elementos o aspectos normativos –antijuridicidad– que integran su descripción).

Como la rigidez de esta distinción chocaba en muchos casos con la realidad en las legislaciones que excluían el error de derecho como causa de inculpabilidad, se trató de extender el concepto de error de hecho a aquellos casos en que el error de derecho podía equiparársele (*error de derecho equiparado al error de hecho*); se concluyó en que dicha equiparación se daba cuando el error recaía sobre elementos o aspectos jurídicos que dependían de leyes "extrapenales" (p.ej., el error sobre si la cosa es o no "ajena" en el hurto).

Esta doctrina, que tuvo una larga trayectoria en los tribunales superiores alemanes, fue empleada también entre nosotros. Hasta en algunos casos se extendió el concepto de "ley extrape-

nal" a las regulaciones que, aunque contenidas en leyes penales, tenían carácter constitutivo, es decir, eran de ordenamiento jurídico general y no propiamente penal (p.ej., la obligación de observar las prescripciones del Código Civil con relación a las "cosas perdidas", por más que esté contenida en la disposición penal del art. 175, inc. 1°, C.P.; error sobre la "prohibición del acopio" de armas de uso civil, art. 189 *bis*, párr. 4°, Cód. Penal).

§ 311. ***Error de tipo y de prohibición.*** – Sin duda fueron las corrientes finalistas las que más hicieron por superar o, mejor dicho, desplazar la distinción de error de hecho y de derecho, introduciendo la de *error de tipo y de prohibición*, como un adecuado complemento de sus ideas sobre la conformación del tipo y la estructura elemental del delito (aunque tal distinción pasó a ser patrimonio común de la doctrina penal). El primero es el que recae sobre los elementos que integran la acción típica en su objetividad (el *tipo objetivo* de los finalistas), sean ellos de hecho (fácticos) o de derecho; el finalismo desarrolla su teoría en consideración al *tipo subjetivo*, como negación de él. El segundo recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, sea sobre la existencia de la prohibición penal en sí misma, sea sobre la permisividad jurídica de la conducta "formalmente" típica (justificaciones), y se trata como parte de la teoría de la culpabilidad cuya negación implica.

En otras palabras, para el finalismo el error de tipo, al eliminar el dolo, hace desaparecer la tipicidad de la conducta al neutralizar el tipo subjetivo; el error de prohibición puede llegar a convertir la conducta en no reprochable al neutralizar la posibilidad de exigir la comprensión de la antijuridicidad en un caso dado, aunque aquélla sea típica y antijurídica; es, pues, una cuestión atinente a la culpabilidad.

Últimamente se trata de diferenciar, dentro del error de prohibición, al *error de conocimiento* –que tiene el contenido que acabamos de explicar– del *error de comprensión*, el cual se da cuando el sujeto, si bien conoce o ha tenido posibilidad de conocer la prohibición de la conducta y su carácter injustificado, no puede alcanzar a comprender –internalizar– lo que conoce como prohibido; en relación con esto último se propone el estudio de las "conductas disidentes" y del "error culturalmente condiciona-

do". En palabras de Zaffaroni: el error unas veces "afecta la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad", pero otras veces "hay conocimiento de la antijuridicidad pero no puede exigirse la comprensión de la misma"; este "error de comprensión... impide la internalización o introyección de la norma, por mucho... que sea conocida". Más adelante volveremos sobre esto.

Se advierte inmediatamente que las dos "clasificaciones" del error a las que terminamos de referirnos, no coinciden entre sí, pues si bien el error de prohibición siempre versará sobre el derecho, no se puede decir que el error de tipo verse exclusivamente sobre los hechos, ya que incidirá sobre el derecho cuando se refiere a elementos normativos del delito. Aunque esto parece obvio, es útil formular tal aclaración, porque algunos no han dejado de pensar en la equiparación (error de hecho = error de tipo, error de derecho = error de prohibición) cuya imposibilidad subrayamos.

2) La teoría del error en el derecho argentino

§ 312. *El "contenido del error" en el derecho penal argentino.* – Vimos que el error aparece expresamente enunciado en la regulación penal argentina cuando considera "no punible" al que "por error o ignorancia de hecho no imputable" no haya podido "comprender la criminalidad del acto" (art. 34, inc. 1°, Cód. Penal). El principal problema de esta fórmula legal lo plantea la reducción del error –que sería relevante para la teoría negativa– al *error de hecho*, con lo cual aquélla no habría hecho más que introducir en el mundo penal el principio de teoría general, procedente, entre nosotros, de la ley civil.

§ 313. *La teoría del error en la doctrina penal argentina.* – La más tradicional –para calificarla de alguna manera– respeta la distinción de la ley, aunque tratando de ampliar la comprensión del significado de error de hecho. Soler, aunque no sigue fielmente la doctrina de la equiparación del error de derecho "extrapenal" al error de hecho, acepta que la ignorancia de la ley no penal haga desaparecer la culpabilidad a causa de la influencia que ejercen los elementos subjetivos sobre los conocimientos exigibles al autor. Núñez considera que el con-

cepto de "error de hecho" no se apoya en un concepto *natural* de hecho, sino que se extiende en la medida en que el hecho puede ser apreciado erróneamente, es decir en la medida en que puede influir penalmente el error (el hecho como "hecho criminal"). El *error de hecho* del art. 34, inc. 1°, C.P., se referiría, por tanto, al que versa sobre los elementos del tipo (tanto objetivos como subjetivos, no pertenecientes al autor, sino a la víctima, como puede ser el consentimiento de ella en el estupro, considerando dentro de los primeros los normativos) y sobre las circunstancias de justificación o inculpabilidad (coacción), porque todos esos aspectos atañen a la "criminalidad" del hecho. Los que quedan como puros errores de derecho –que en cuanto tales no excusan– son los que se refieren a la *existencia* de la misma prohibición penal o de la previsión legal que crea una justificante o una causa de inculpabilidad.

Aclara Núñez que "los errores de interpretación sobre el alcance de un tipo delictivo o de una causa de justificación o inculpabilidad son errores de hecho si recaen sobre elementos que estructuran la situación típica o eximente, pero son errores de derecho si representan una falsa noción acerca de la no recepción del tipo o de la recepción de las eximentes por el derecho positivo".

Nuestro finalismo insiste en la viabilidad, dentro del derecho penal argentino, de la distinción entre error de tipo y error de prohibición, afirmando que tal conclusión se extrae del art. 42, C.P. (descripción de la tentativa) que, por otra parte, como sabemos, es la fuente utilizada por aquella doctrina por constituir la noción legal de dolo (como dolo natural, dejando de lado la fuente constituida por el art. 34, inc. 1°, C.P., que sólo puede brindar una noción "valorada" de dolo).

El error de tipo –a partir del art. 42, C.P., insistimos– es el que, impidiendo al autor comprender la criminalidad del acto, torna impensable que, en el caso específico, aquél haya tenido el fin de cometer un delito *determinado* (o sea, perteneciente a un tipo particular); el error de prohibición, el que si bien impide la comprensión de la criminalidad, no ha eliminado el fin de cometer un delito *determinado* (de realizar la conducta del particular tipo).

En general, reconoce Zaffaroni que esta recepción de la distinción entre error de tipo y de prohibición engarza con el con-

cepto natural –avalorado– de dolo, con lo cual por supuesto parecería que la teoría del error arrancara de conceptos distintos en el delito culposo, cosa que aunque pueden reconocer las diagramaciones finalistas del delito, es para nosotros muy difícil de aceptar. Pero la principal objeción a esta dirección de la dogmática argentina proviene de la ley penal misma, cuyo art. 34, inc. 1°, como dijimos, se refiere expresamente al "error o ignorancia de hecho"; para superarla Zaffaroni sostiene que en una "sana interpretación literal de... la expresión de hecho", debe referirse "sólo a la ignorancia (ignorancia de hecho)", lo cual "tiene un alcance meramente aclaratorio", puesto que la ignorancia "sólo puede ser de hecho"; "la ignorancia de derecho siempre es un error", ya que "el que no sabe que algo está prohibido es porque cree que no está prohibido"; fuera de que ello desconocería en parte los principios de interpretación de la ley, es imposible pensar que el legislador haya partido en dicha norma de una teoría de la ignorancia distinta de la del error y la conclusión ejemplificativa también puede transportarse a la ignorancia "de hecho".

Dejando de lado, en la medida de lo posible, la disputa académica, advirtamos que en la doctrina finalista, y desde el punto de vista dogmático, tanto el error de tipo como el de prohibición, impiden al autor el conocimiento de la *criminalidad del acto*, ya coartando la comprensión del tipo en sus descripciones objetivas, ya convirtiendo en imposible la comprensión de la antijuridicidad de la conducta que observa.

§ 314. ***Clasificaciones en el criterio dogmático según el artículo 34, inciso 1°, Código Penal.*** – Nos resulta más sencillo pensar que la ausencia de la "comprensión de la criminalidad" por "error de hecho", según las expresiones del art. 34, inc. 1°, C.P., se refieren a todo lo que hace del hecho concretamente considerado un *hecho ilícito merecedor de pena*, perteneciente a la conducta del autor o a circunstancias relacionadas con ella, y que pueden ser alcanzadas cognoscitivamente por aquél para saberse merecedor del reproche penal, es decir a las características de esa naturaleza que convierten el hecho en *criminal*.

En otras palabras el *error de hecho* del art. 34, inc. 1°, no sólo versa sobre el hecho en sentido de facticidad, sino que tiene un sentido más amplio, con lo cual comprendería: los contenidos del tipo de cualquier carácter que sean (en cuanto no

significuen, claro está, un aspecto especial del ánimo del autor, sobre lo cual es impensable el error); las circunstancias de justificación o inculpabilidad (errores sobre las circunstancias que condicionan la justificación o que se aparezcan como marco de coacción); las circunstancias relativas a la punibilidad de la conducta (p.ej., error sobre la vigencia de una situación de excusa concomitante con la conducta que se tomó en cuenta al actuar).

El error sobre la punibilidad no es uniformemente aceptado por la doctrina como error que releva al agente de la responsabilidad penal. Aunque más adelante insistiremos en el tema, nos parece que, en algunos casos, no actúa comprendiendo cabalmente la "criminalidad" del acto quien, por ejemplo, emprende una acción de hurto sobre cosas pertenecientes a su difunta cónyuge creyendo erróneamente que no han pasado a poder de terceros (art. 185, Cód. Penal). Reconocemos, sin embargo, que esta particular forma de error merecería, quizás, operar al margen de las clasificaciones que hemos visto.

Conforme con lo que terminamos de decir, en el *error de hecho* del art. 34, inc. 1°, C.P., quedan comprendidos tanto los *errores de tipo* (que versan sobre elementos descriptivos de la conducta típica), como los *errores de prohibición* (que versan sobre la antijuridicidad y la culpabilidad mediante sus circunstancias de exclusión), así como también ciertos *errores sobre la punibilidad* (con relación a circunstancias de no punibilidad). Los que quedan al margen del error de hecho por ser puros *errores de derecho* –que, como tales, no excusan en nuestro sistema–, son los que recaen sobre la positividad legal de la amenaza de la pena para el determinado hecho (inexistencia de la "prohibición penal", p.ej., autor que sabe que mantiene acceso carnal con mujer honesta de catorce años con su consentimiento, creyendo que tal hecho no está penalmente castigado), de causas de justificación (p.ej., creer que el derecho permite experimentar con seres humanos), inculpabilidad (creer que el derecho disculpa el apoderamiento de cosas que su actual tenedor ha hurtado a su vez) o de disposiciones consagratorias de impunidad (creer que el derecho no pena las lesiones deportivas cometidas en violación de las reglas del juego).

El *error de prohibición* es extendido por la doctrina finalista a una gran porción de casos que dogmáticamente, según la inter-

pretación que hemos expuesto, son errores de derecho que, como tales no excusan. De tal modo reconoce un error de prohibición *directo*, en el que recae sobre la existencia misma de la "norma penal prohibitiva", y un error de prohibición *indirecto*, en el que recae "sobre la permisión (legal) de la conducta" (falsa creencia en la existencia de un precepto permisivo, p.ej., –ejercicio del derecho–) (sobre la cuestión, ver Zaffaroni).

3) Características del error relevante para la teoría negativa del delito

§ 315. ***Error esencial y accidental.*** – Tomando en consideración el elemento del delito (configurador de la "criminalidad" del hecho) sobre el que recae, sólo es relevante el *error esencial*, que es el que incide sobre alguna de las circunstancias precedentemente mencionadas: elementos "objetivos" de la descripción típica, circunstancias de la antijuridicidad y la culpabilidad y, en ciertos casos, de la punibilidad (según nuestra propuesta), variando la comprensión de la criminalidad (haciendo creer al agente que no existe o que es otra distinta).

En los delitos culposos, en virtud de las características que en ellos asume la antijuridicidad típica, tiene relevancia el error sobre la concreta vigencia del deber de cuidado y en los de comisión por omisión –y en algunos de omisión pura– sobre la concreta vigencia de la posición de garante (p.ej., ignorar que con la conducta se pone en peligro el bien jurídico; creer erróneamente que ha transcurrido el plazo del contrato que constituye en garante).

Los *errores accidentales*, aunque pueden recaer sobre los mismos aspectos de lo delictivo, son los que, al existir, no varían la comprensión del autor sobre la criminalidad del hecho y que, por consiguiente, no producen los efectos de excusa (p.ej., creer que se hurta la cosa de Pedro cuando en realidad se hurta la de Juan), cuyas situaciones más conflictivas las trataremos más adelante de modo específico.

§ 316. ***Error vencible e invencible.*** – Desde el punto de vista de la exigibilidad dirigida al autor de que actúe sin error, distínguese el error invencible del vencible. *Error invencible* es el que no pudo –en el caso concreto– evitarse empleando una diligencia normal o la que estuvo al alcance del autor en

las circunstancias en que actuó (el art. 34, inc. 1°, C.P., se refiere a él denominándolo error "no imputable"). Tiene como efecto la eliminación del reproche jurídico de la conducta, extinguiendo totalmente la responsabilidad penal.

Error *vencible*, es el que el autor pudo evitar empleando la diligencia normal, que estaba a su alcance en las concretas circunstancias del hecho (se trataría, pues, del error "imputable" que, *a contrario*, el art. 34, inc. 1°, C.P., descarta como excusa). Su efecto es el de eliminar la forma dolosa como fundamento del juicio de reproche, pero dejando subsistente la culposa; no alcanza, por lo tanto, a extinguir la responsabilidad penal: únicamente cambia el título de atribución y el autor puede "quedar responsabilizado" por el delito culposo, al que puede adecuarse su conducta (es decir, siempre que tenga su configuración por un tipo penal existente en la ley). Hay que hacer notar que hasta la doctrina finalista, cuyas construcciones sobre el error no se apoyan básicamente en el art. 34, inc. 1°, C.P., reconoce que la distinción entre error vencible e invencible se obtiene dogmáticamente de dicha norma.

Aunque se pone de manifiesto la imposibilidad de dar "reglas fijas" para determinar la evitabilidad del error, que debe ser estimada en cada caso concreto, se nota una tendencia a procurar encontrar principios generales aceptables que faciliten la distinción. Así, por ejemplo, se sostiene que no se puede considerar al autor marginado de la "representación" de la posible punibilidad de su acción "cuando él tenga conciencia, de que viola un deber de singular importancia social"; desde el punto de vista de la diligencia para no caer en error, se exige, para que el error sea invencible, que el autor haya "llevado a cabo todo esfuerzo serio para despejar la duda sobre la punibilidad", aclarándose que para formular dicha valoración se dan en la doctrina dos criterios; uno de carácter más bien subjetivo: "el autor habrá obrado con un error inevitable toda vez que haya empleado los medios que se le ocurrieron podían despejar su duda, aunque otros medios en los que él no pensó le hubieran servido para tener [un] conocimiento adecuado"; otro, de índole objetiva, en el que el error es inevitable cuando "el autor ha realizado lo que una persona consciente de su responsabilidad hubiese hecho, para despejar su duda" (Bacigalupo, que da preferencia al criterio subjetivo).

§ 317. ***El problema de la punición del error vencible.*** – Hemos visto que el error vencible deja subsistente la responsabili-

dad por culpa. Penalmente, ésta sólo se puede hacer efectiva cuando la conducta aparece adecuada a un tipo de delito culposo. En tal caso la circunstancia de que el autor haya obrado con error puede permitir una particular individualización de la pena del respectivo delito culposo dentro de los límites del art. 41, C.P. (Zaffaroni). Sin embargo, una tesis aparecida en nuestra doctrina, parecería admitir la punición del error vencible aunque no se dé un tipo culposo adecuado.

Bacigalupo, considerando que el exceso del art. 35, C.P., es un caso de error de prohibición vencible, da pie a sostener que en los casos no previstos expresamente de ese particular error vencible, en que no mediase un tipo culposo aplicable, se debería sancionar al autor con una pena disminuida según la escala de la tentativa (art. 44, C.P.), aplicable por analogía *in bonam partem*. Se ha hecho notar que se trata en realidad de una analogía *in malam partem* (Zaffaroni), que deja de lado el principio de legalidad.

En verdad el error vencible es un caso de culpa y si no media un tipo culposo adecuado que se pueda aplicar, el autor es impune.

4) Consideración de situaciones especiales de error

§ 318. ***Error "in objecto".*** – Veamos, en primer lugar, situaciones de error en que éste recae sobre la acción típica (que en la clasificación entre error de tipo y de prohibición pertenecerían al primero), para determinar si constituyen o no errores de hecho esenciales –según nuestro derecho– es decir, con virtualidad excusatoria.

El llamado *error in objecto* es el que recae sobre el objeto material del delito. Por lo común trátase de un error accidental que no produce los efectos de la excusa, porque para el tipo es indiferente, en principio, la calidad o las características del objeto material, en cuanto se trate del que está enunciado en él (p.ej., hurtar una brújula creyendo que es un reloj, destruir un documento cualquiera de los comprendidos en el art. 255, C.P., creyendo que se trataba de un registro cuando se trataba en realidad de otra especie documental). Pero hay casos en que el *error in objecto* se constituye en error esencial; así ocurre cuando el tipo requiere una determinada calidad o característica del objeto material (p.ej., creer que se ha cercenado una moneda que no tiene curso legal, siendo que el cercena-

miento ha recaído sobre una que está en dicho curso, art. 283, C.P.); la situación es bastante común en las relaciones de tipos básicos y calificados (sobre todo con respecto a los agravados; p.ej., creer que se daña una biblioteca privada cuando en realidad se daña una biblioteca de uso público, en cuyo caso la responsabilidad se reducirá a la figura básica de daño del art. 183, C.P., y no se extenderá a la agravada del art. 184, inc. 5°, Cód. Penal).

§ 319. *Error "in personam".* – Cuando se trata del error sobre el sujeto en el cual recae la acción como objeto del delito (en los delitos contra las personas, contra la libertad, contra el honor, o contra la honestidad), trátase en verdad de un error *in objecto*, que se soluciona en la misma forma que hemos visto anteriormente: puede tratarse de errores accidentales (p.ej., para el tipo del art. 79, C.P., da lo mismo que se mate a Pedro o se mate a Juan), o esenciales (a los fines del art. 80, inc. 1°, C.P., no es lo mismo que Esteban mate a su esposa Alicia, como que mate a su cuñada Epifania).

Si el error *in personam* recae sobre un sujeto en cuanto titular del bien jurídico protegido –ya no como objeto en la acción–, también podemos encontrar errores accidentales cuando para el tipo es indiferente quién es el titular (p.ej., creer que se defrauda a Juan engañando a su administrador, cuando en realidad se trata del administrador de Pedro, a quién en última instancia se defrauda), y esenciales cuando la titularidad está circunstanciada en el tipo (creer que se defrauda a una empresa particular cuando en realidad se defrauda a la administración pública, en cuyo caso el autor podrá responder según el art. 172 o por alguno de los incisos del art. 173, C.P., pero no por el art. 174, inc. 5°, Cód. Penal).

§ 320. *La solución finalista. Equivalencia y dolo.* – Cuando, pese al error, la acción ha recaído sobre un objeto –incluidas las personas– equivalente a la del tipo, se reconoce que el error es *irrelevante*, con lo cual la solución es uniforme con el resto de la doctrina, aunque cuando se trata de un error *in personam* equivalente –de personas-objetos equivalentes– se habla de un error *en la motivación*, "que puede ser un problema de culpabilidad y no de tipo" (Zaffaroni) –a este respecto tengamos presente que el finalismo incluye la teoría del error en el tratamiento del tipo

subjetivo–. Pero cuando los objetos no son equivalentes, se reconoce la esencialidad del error, y si bien la solución no es distinta de la del resto de la doctrina, aquí aflora uno de los escollos del finalismo: el error en esos casos hace desaparecer el dolo y con ello, por supuesto, la tipicidad de la acción. En tales casos, se dice, "desaparece el dolo porque éste es el querer la realización del tipo objetivo con conocimiento de sus elementos cuando en realidad están faltando esos elementos, que sólo existen en la imaginación del autor"; en otras palabras, el "dolo natural" está aquí dependiendo del tipo objetivo; es éste el que condiciona, pese a su objetividad, la subjetividad del autor; quien creyendo y queriendo matar a su vecino y por error mata a su mono (ejemplo de Zaffaroni, a quien también pertenece el párrafo entre comillas), no dejó de actuar con el dolo de matar a su vecino y éste no puede haber desaparecido porque al final terminó matando al mono: faltará el tipo objetivo en su correspondencia con el tipo subjetivo, pero no puede decirse que falte allí el dolo como finalidad de realizar una determinada conducta.

§ 321. ***Errores sobre el curso causal.*** – Aunque el dolo "presupone que el autor haya previsto el curso causal y la producción del resultado" y la culpa requiere la previsibilidad de concreción en daño típico de una conducta que pudo conocer como peligrosa, en principio los errores sobre el curso causal son accidentales y, por tanto, irrelevantes como excusa. Normalmente, las situaciones de error en esos aspectos se dan cuando el autor previó el resultado como producto de su acción según una determinada mecánica de producción, pero aquél se produjo por una mecánica diferente, aunque sin impedir que el resultado sea producto de su acción. Fundamentalmente, se trata aquí de dos cuestiones, la de la *aberratio ictus* y la del *dolus generalis*.

En la *aberratio ictus* el curso causal previsto por el autor se produce según una mecánica no esperada, en virtud de la cual el resultado querido se produce, pero sobre una persona u objeto distinto de los que había tenido en su mira el autor (éste quería matar a Enrique disparándole su arma, pero el proyectil roza un poste e impacta a Pedro, que muere; envía un explosivo por correo a Asdrúbal, pero, equivocadamente, el cartero lo entrega a Ramón).

En la doctrina argentina durante mucho tiempo se aceptó pacíficamente que la equivalencia del resultado (al fin se mata

a otro, aunque no al que se quería matar), dejaba subsistente un único delito (el homicidio en los ejemplos que se ponían, pues al fin lo que quiso el autor fue precisamente un homicidio); sin embargo, últimamente se propugna la solución del concurso ideal entre dos delitos: el de tentativa con respecto a la persona u objeto contra la cual se dirigió la acción y el delito culposo consumado respecto de la persona u objeto sobre la cual dicha acción terminó recayendo.

La solución del concurso procedente de los tribunales alemanes y mayoritaria en la doctrina de ese origen, es, sin embargo, criticada con alguna fortuna, sobre todo a partir de Welzel, aunque colocando la hipótesis como un caso de error *in personam nel objecto*; se dice que el resultado producido "se da dentro de lo que la experiencia demuestra como posible concreción del peligro", lo cual hace que se reúna en el mismo delito, "no sólo la imputación objetiva sino también dolo" (Bacigalupo). Zaffaroni mantiene la tesis del concurso exponiendo que no puede admitir que "la presencia del dolo" dependa "de que la bala roce o no" a aquel contra el cual se disparó, lo cual importa una consideración exageradamente volcada hacia la imputación subjetiva, sin tener en cuenta el valor de la objetiva.

Creemos que la solución del concurso nos puede conducir a soluciones difíciles de aceptar cuando la previsión del desvío de la acción es totalmente imposible (p.ej., quien dispara sobre su antagonista en un yermo y el proyectil viene a impactar sobre un paracaidista que se había arrojado de una aeronave accidentada; o un viento súbito desplaza una hoja que desvía el proyectil, etc.); en esos casos nos encontraríamos ante la imposibilidad de atribuir el delito culposo, y tendríamos que el autor sólo podría ser punido por la tentativa (el homicida –el que mató– sólo podría ser castigado como tentador de un homicidio). Para que se dé el concurso es necesario que al dolo del homicidio se sume, con autonomía subjetiva, la voluntad de crear el peligro para bienes jurídicos de terceros; si éste no fue más que el desarrollo del peligro propuesto por el dolo mismo, no vemos cómo se pueda pensar en la doble atribución concursal.

Notamos que la solución criticada tiene demasiado presente las soluciones de desviación de la acción que recae sobre objeto no equivalente; pero ése no es tradicionalmente el problema planteado como de *aberratio ictus*, y encuentra soluciones fuera de sus principios: el que dispara contra el perro y lesiona al dueño, asume un concurso porque, en todo caso, a su dolo de daño puede sumarse autónomamente la voluntad de realizar una ac-

ción peligrosa para las personas; del que dispara contra el dueño y lesiona al perro, puede decirse lo mismo, aunque entre nosotros el ejemplo encuentra la valla de que la ley penal no reconoce un daño culposo.

En el *dolus generalis* (empleando la expresión con relación al problema de que tratamos, ya que hay otras acepciones de ella que se refieren a distintas cuestiones), caben las situaciones en que el resultado querido se produce por una mecánica causal, también desplegada voluntariamente por el autor, pero distinta de las que él previó para lograr dicho resultado; en esos casos el error es irrelevante y el dolo sigue comprendiendo la forma causal que adoptó la producción del *resultado*. Los casos más comunes en que se emplean los criterios de *dolus generalis* son los designados como de *aberratio causae*. Sin embargo, quizá sea posible distinguir, para dotarlas de cierta autonomía entre sí, las hipótesis propias de *dolus generalis* e hipótesis propias de *aberratio causae*. En las primeras el procedimiento efectivamente causal es puesto voluntariamente por el autor, aunque sin conocimiento de que ése ha sido el procedimiento que realmente produjo el resultado que se había propuesto (el que, queriendo matar a otro le dispara y creyéndolo muerto –cuando sólo estaba lesionado– lo arroja al río "para ocultar el cadáver", donde muere ahogado).

En las segundas el procedimiento causal efectivo es extraño al autor, pero tuvo origen en aquel que había iniciado; aquí podríamos considerar los supuestos que hemos estudiado en la acción como de concausalidad sobreviniente no interruptiva del curso causal (p.ej., autor que quiso matar a puñaladas, pero la muerte se produce por una septicemia generalizada a consecuencia de las heridas).

En los casos que propiamente son de *dolus generalis*, la doctrina se ha manifestado a través de dos criterios distintos para solucionarlos. Un sector considera que en el caso se da una conducta en la que incide un error irrelevante, que es el que hemos propuesto; para otros se darían dos conductas en concurso real (en el ejemplo que dimos, una tentativa de homicidio y un homicidio culposo en concurso real). La doctrina finalista argentina (Zaffaroni, Bacigalupo) insiste en distinguir los casos y llegar a soluciones divergentes según el plan del autor: si la conducta posterior, efectivamente causal, queda comprendida "inicialmente"

en un plan unitario (el autor se había propuesto al comenzar su acción matar y hacer desaparecer el cadáver en el río), se la reconoce como una sola conducta cubierta por el dolo inicial; pero si la conducta efectivamente causal fue pensada después de la que se quiso como tal, es decir, si hubo dos planes distintos, se aplican las reglas del concurso, según hemos dicho. Esta solución, sin embargo, choca con la objeción de que, en la segunda conducta, el pensamiento sobre la previsibilidad es evidentemente forzado (el autor no puede prever –y difícilmente se le pueda exigir que prevea– que está poniendo en peligro la "vida" de lo que para él es un "cadáver").

§ 322. *La acción preparatoria como caso de "dolus generalis".* – En los casos de *dolus generalis* que hemos visto, siempre se da una mecánica causal, extraña al planeamiento de la forma de producción del resultado por parte del autor, que se inserta temporalmente a la par o con posterioridad a la conducta que el autor asume para producir el resultado propuesto. Pero puede ocurrir que una acción preparatoria produzca ya el resultado propuesto antes que el autor asuma la conducta con la cual había planificado su proceder causal. Bacigalupo pone el ejemplo del médico que se había propuesto matar al paciente actuando como homicida en el manejo del instrumental durante una intervención quirúrgica, pero aquél muere al dársele la anestesia, y considera que "si el resultado es objetivamente imputable al acto que lo produjo, el carácter doloso, poniendo en cuenta la decisión del autor al producirlo, no podrá cuestionarse"; tal solución puede ser intrínsecamente justa, pero nos cuesta admitirla como dogmáticamente exacta. Causalmente el médico no empieza a matar, según su plan, sino hasta que opera con el instrumental, tal como se había propuesto; antes "anestesia", pero no se puede decir que "mata"; claro está que tal criterio procede de nuestras ideas sobre la causalidad típica, porque ya hemos visto que la consideración de la causalidad según el *plan del autor* permite a ciertas doctrinas retrotraer la causalidad de modo muy extenso.

§ 323. *Conocimiento de la causalidad e imputación objetiva en la doctrina penal contemporánea.* – Los errores a que nos hemos referido en último término son, según dijimos, errores sobre el curso causal. En general, puede decirse, según todo lo que hemos visto, que el error sobre el curso causal es irrelevante cuando el resultado responde al dolo del autor, aunque el curso causal no haya respondido exactamente a sus predicciones. Se dice, en tal sentido, que, por el contrario, el error sobre el curso causal será relevante "cuando entre la representación del autor y

el suceso acaecido, hay una diferencia esencial", lo cual se da (Welzel) cuando es posible reconocer, que "el resultado tiene lugar fuera del marco dentro del cual se puede considerar que entre acción y resultado existe una relación de adecuación". Pero últimamente las desviaciones del curso causal tratan de ser excluidas del tema del error, para estudiarlas como puros problemas de *imputación objetiva*, haciendo depender las soluciones de si el resultado es o no procedente del peligro creado por la acción del autor; de acuerdo con esto, "si es posible afirmar la imputación objetiva del resultado, el autor habrá obrado con conocimiento del desarrollo del suceso", pero, eso sí, "toda vez que dicho resultado aparezca... como adecuado a la realización de la acción", o que "según su experiencia el resultado producido sea una de las formas posibles de acabar el suceso alcanzando la meta que el autor se ha propuesto" (p.ej., arrojar una persona al río para ahogarla y ella se muere al golpear contra un pilar del puente, de donde se la ha arrojado) (sobre la cuestión, ver Bacigalupo).

Dos cosas podemos advertir en estas construcciones: 1) que se trata de intentos para objetivar las soluciones relativas al error; 2) que de ningún modo alcanzan a desprenderse de la subjetividad de la que pretenden alejarse.

§ 324. ***ERRORES SOBRE AGRAVANTES Y ATENUANTES. EL LLAMADO "ERROR DE SUBSUNCIÓN".*** – En principio, son relevantes los errores en las hipótesis de agravación cuando ellos revierten sobre un elemento cognoscitivo del tipo (p.ej., el no saber que se mata al padre deja el hecho encuadrado en el art. 79, C.P., quitándolo del art. 81, inc. 1°, C.P.), o en aquellos en que se exige la previsibilidad de un resultado más grave (delitos preterintencionales y/o calificados por el resultado), cuando el error elimina totalmente la posibilidad de prever dicho resultado (p.ej., el chacarero que quema la parva de pasto inútil en su campo con peligro para los fundos vecinos, ignorando que en horas de la noche un vagabundo se ha refugiado en ella subrepticiamente, podrá ser penado según el art. 186, inc. 1°, C.P., pero no por los incs. 4° o 5° de dicho artículo). También el error puede ser relevante en aquellos casos en que la atenuación no depende de un "ánimo" particular del autor, sino de circunstancias objetivas (creer erróneamente que se está ante la circunstancia de atenuación).

Zaffaroni expone esta última circunstancia acuñando el principio de que "cabe deducir que [el error] atenúa la pena en la me-

dida correspondiente al tipo atenuado cuando sólo se pudo comprender la antijuridicidad de la conducta típica atenuada".

Las hipótesis –especialmente la última– que acabamos de ver, pueden relacionarse con el llamado *error de subsunción*. Normalmente es irrelevante el error que induce al autor a creer que su conducta encuadra en un tipo penal cuando en realidad queda encuadrada en otro distinto (p.ej., creer que se limita a distribuir una mercadería peligrosa para la salud, disimulando su carácter nocivo –art. 201, C.P.–, cuando realmente se adulteró la mercadería de modo peligroso –art. 200, C.P.–, ignorando el carácter adulterador del procedimiento empleado); pero puede ser relevante cuando el error ha inducido al sujeto a creer que su conducta encuadraba en un tipo menos grave (p.ej., creer que la casa cuya puerta se fractura para penetrar en ella con finalidad de robo no estaba habitada –art. 164, C.P.–, cuando en realidad estaba habitada –art. 167, inc. 3°, Cód. Penal–).

De esta idea –objeto de debate en nuestra jurisprudencia– participa Zaffaroni porque el error en ese caso "determina una menor culpabilidad". Considera, sin embargo, que se trata de una aplicación analógica *in bonam partem* de la exigencia legal de comprensión de la "criminalidad" del acto por parte del autor, porque cuando éste "sólo pudo comprender una magnitud de injusto menor que el efectivamente cometido, la pena no puede exceder de la prevista para el injusto cuya magnitud pudo comprender". Según el criterio que nosotros hemos expuesto sobre lo que significa la "criminalidad" del acto en el art. 34, inc. 1°, C.P., en esa solución hay una aplicación lisa y llana de la exigencia de la norma, que de ningún modo implica analogía.

§ 325. ***Error sobre la antijuridicidad y la culpabilidad.*** – Veamos ahora los casos en que el error recae específicamente sobre el carácter antijurídico o culpable de la conducta que el autor conoce como "formalmente" adecuada al tipo (sabe que "mata", que "hurta", etcétera). Son los errores de hecho del art. 34, inc. 1°, C.P., que tienen el carácter de errores de prohibición en la otra nomenclatura a la que nos hemos referido.

En los casos de errores sobre la antijuridicidad adquieren importancia las llamadas *justificaciones putativas*, que se dan en

las situaciones en que el autor cree erróneamente que actúa en circunstancias de justificación (el que cree hallarse ante una agresión ilegítima, cuando sólo se trata de una broma). Tal error puede colocar al sujeto al margen del reproche constitutivo de la culpabilidad, sin perjuicio de que si se trata de un error vencible funcione dicho reproche sobre el remanente de culpa.

Al plantearse los problemas de error sobre la antijuridicidad, la doctrina que distingue entre error de tipo y de prohibición ha producido una serie de variables de encuadramiento de aquella situación de no sencilla esquematización; aunque casi todos llegan a la misma solución el fundamento varía. Como error de tipo (al dolo pertenece *la no suposición de circunstancias justificantes*) lo trata Roxin; para otros se está ante un puro error de prohibición y así lo resuelven, y otros terceros lo consideran un error de tipo al que hay que aplicar por analogía la regla del error de tipo. Bien ha señalado Zaffaroni que el tratamiento de la justificación putativa como error de tipo sólo es posible dentro de la *teoría de los elementos negativos del tipo*.

Entre nosotros, ya vimos que Bacigalupo extiende a todos estos casos –con el posible resultado de aplicar la misma solución aun a aquellos donde el remanente culposo no se adecua a tipo particular alguno–, la regla del exceso del art. 35, C.P., solución que ha sido rechazada por resultar una aplicación analógica de la ley. Señala Núñez que no se puede compartir la equiparación de las eximentes putativas con los casos de exceso, porque en aquéllas "las circunstancias eximentes no existen fuera de la psiquis del autor, en tanto que en el exceso *sí existe la circunstancia* que motiva la acción o reacción del autor".

También pueden producir los mismos efectos los errores sobre la existencia de una causal de inculpabilidad (creer que es una situación de coacción aquella en la cual se actúa). Ello no dejará de ser bastante común con relación a la obediencia debida, en la que el error puede versar sobre distintos presupuestos de la causal; sobre la competencia del que imparte la orden, sobre la imposibilidad de examinarla, sobre el carácter mismo de la orden impartida.

Ni en estos casos ni en los anteriores que hemos visto, se puede decir que el sujeto haya actuado comprendiendo la criminalidad de su conducta.

§ 326. ***Error sobre la punibilidad.*** – El error puede recaer sobre circunstancias que condicionan la punibilidad. La generalidad de la doctrina sostiene que en tales casos el error "es irrelevante para nuestra ley, porque no afecta la posibilidad de comprensión del carácter criminal de la conducta, que es lo que debe faltar" (Zaffaroni), solución que no satisface como principio general, porque en cuanto pensemos que la "criminalidad" de la conducta no se reduce a la existencia del hecho antijurídico y culpable, sino del caracterizado típicamente como merecedor de pena, si bien el conocimiento de la "prohibición penal" no es imprescindiblemente un requisito del reproche, y su error queda comprendido entre los que no excusan, el convencimiento de que se actúa en una situación de impunidad puede impedir aquel reproche, cuando ello depende de circunstancias objetivas que el agente ha supuesto falsamente que existían.

Sería admisible la inexcusabilidad del error sobre la inexistencia de *circunstancias objetivas de punibilidad*, en cuanto ellas no dependen de las previsiones causales (llamémoslas "ultracausales") del sujeto, aunque eventualmente haya podido pensar en ellas (p.ej., que su abandono del servicio podrá producir daños en él); pero hemos expuesto como factor negativo relevante el error que recae –al menos en algunas hipótesis– sobre *circunstancias de excusas absolutorias* concomitantes con la acción típica (p.ej., en las previstas en el art. 185, C.P.), ya que es evidente que entonces la *criminalidad* del hecho –cuyo conocimiento y previsión causal en relación a los objetos excluidos del delito está al alcance del autor y dentro de las direcciones que puede imprimir a su acción– depende asimismo de la amenaza de la pena como posibilidad jurídica.

> No negamos que la evidente justicia en esta solución puede llegar a chocar con una esquematización geométrica de la teoría del delito, tal como se infiere de la estructura analítica comúnmente utilizada entre nosotros, a partir de principios como éstos: la punibilidad no es un requisito cognoscitivo indispensable para el juicio de reproche; el concepto de "criminalidad" se reduce a la acción típicamente antijurídica y culpable (ése es el "delito" y no el "delito punible"); la categoría de las excusas absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad dejan de tener sentido "si no se acepta la regla no escrita que le quita relevancia al

error sobre la punibilidad" (ver Bacigalupo). Pero nuestro análisis estructural del delito es distinto (con lo cual superaríamos una posible incongruencia) y, por otra parte, siempre hemos creído que las congruencias teóricas pueden ser falsas en derecho –que no es una ciencia exacta– cuando fuerzan la adopción de soluciones injustas.

Por supuesto que reconocemos que para la comprensión de la criminalidad basta la duda sobre la punibilidad, pero es inadmisible pensar que comprende la criminalidad quien, con seguridad, cree estar actuando impunemente cuando ello no depende de la creencia sobre la existencia legal de la excusa, sino de la creencia sobre una circunstancia objetiva que fundamentaría la excusa. Esto es lo que nos obliga a mirar con desconfianza una de las tantas presunciones que se plantean como principios en la doctrina actual, como es la de admitir que, bastando para el reproche la circunstancia de que el autor haya tenido la posibilidad de conocer la amenaza penal, dicha posibilidad se tiene que considerar existente cuando del conocimiento de la antijuridicidad material de su hecho puede deducir que el mismo es punible (ver Bacigalupo).

§ 327. *Los casos de "conciencia disidente".* – Está muy lejos del error, tal como lo hemos expuesto, lo que se denomina "conciencia disidente", donde el autor comete el delito porque su conciencia (por convicciones éticas, que pueden tener un origen religioso o de otro carácter) así se lo impone. La irrelevancia exculpatoria de tal actitud es algo imprescindible para la pretensión de regular supraindividualmente la actividad del hombre en sociedad que posee el derecho. Los casos de conciencia disidente (p.ej., no prestación del servicio militar, negativa a autorizar una transfusión de sangre o una intervención quirúrgica de representantes de incapaces de prestar consentimiento) sólo pueden ser resueltos por el legislador de modo específico.

Sin embargo, extendiendo a estos casos los de "errores culturalmente condicionados" (el curandero perdido en la selva chaqueña que cree curar con un sortilegio de espinas clavadas en el cuerpo del paciente), considera Zaffaroni que en ellos puede caber una imposibilidad de internalizar la norma con posibilidad de derivar en un error de comprensión de la criminalidad relevante como excusa, sin perjuicio de que se apliquen al autor medidas de seguridad que estarían autorizadas por el mismo art. 34, inc. 1°, Cód. Penal. Por supuesto que no hay que confundir estos casos con las hipótesis de error sobre la "ley extrapenal" contenida en una disposición penal, que tiene que tratarse como un caso propio de error en los términos comunes (el chacarero que en-

contrando una rueda dejada en un camino o el ciruja que encuentra en el basural una cadena de otro y creen que la pueden vender porque no son "robadas").

5) Errores "al revés"

§ 328. ***Delito putativo y delito imposible.*** – Para terminar el tema del error, podemos hacer referencia a lo que algunos han denominado "errores al revés", de los cuales ya hemos hablado en distintos lugares, ampliando aquí lo expuesto.

El convencimiento erróneo de que una acción es adecuada al tipo –y como tal se la emprende–, cuando realmente no lo es, conduce al *delito putativo*, en el que la responsabilidad penal queda excluida por defecto de la adecuación típica que abre la posibilidad de la pena; el error puede recaer sobre cualquier aspecto objetivo incluido en el tipo, es decir sobre elementos de él de carácter descriptivo (p.ej., creer que se desobedece a un funcionario público –art. 239– cuando el que ha impartido la orden no lo es), o normativo (creer que se yace con una menor de quince años, honesta –art. 120, C.P.– cuando en verdad se trata de una experimentada prostituta).

El *delito putativo* surge, pues, básicamente, del convencimiento del autor en la delictuosidad de su acción. Ese convencimiento es erróneo cuando la tipicidad falta totalmente por ausencia de norma legal (p.ej., quien cree que comete delito en la República Argentina al mantener una relación incestuosa), o falta por ausencia de alguno de los elementos requeridos por el tipo incluido en el catálogo legal (como ocurre en los ejemplos que hemos expuesto precedentemente). Pero esta amplitud no es uniforme en la doctrina; para algunos (ver Núñez) sólo en la primera hipótesis se estaría ante un delito putativo; en los demás, se trataría de meros casos de ausencia de tipo.

Según esta doctrina, los efectos serían distintos: en el delito putativo "propio" ninguno de los partícipes en el hecho podría quedar incurso en delito, pero en la carencia de tipo –si hay posibilidad de ello– el partícipe que subsane el defecto podría actuar delictuosamente. Aunque esto sea cierto, admitamos que

no se trataría del mismo delito: sería *el delito del partícipe que haya subsanado el defecto*; para los demás la carencia de tipo desconocida por ellos los mantendría dentro del delito putativo.

La distinción no deja de tener algo que ver con la afirmación de que hay falta de tipo cuando el sujeto "ha comenzado a ejecutar el tipo", pero no alcanza a completar su "forma" por ausencia de algún elemento (p.ej., maniobras abortivas sobre una mujer que no está embarazada) –con lo que para el delito putativo quedaría el error sobre una inexistente punibilidad del hecho cometido–, pero, al fin, la influencia de la errónea creencia del autor produce en aquellos casos el mismo efecto que el delito putativo (ver las observaciones de Soler a Beling).

§ 329. ***Delito putativo por creencia errónea sobre la antijuridicidad del hecho.*** – La doctrina contemporánea incluye dentro del delito putativo los casos de "error de prohibición al revés", porque tampoco en ellos el delito existe "y la imaginación del autor no puede fundar la antijuridicidad"; tanto se está ante un delito putativo cuando el autor, creyendo que se apropia de la cosa ajena, en realidad se apoderó de la suya propia, como en el caso de quien se defiende legítimamente creyendo que no puede hacerlo.

No empece a esta conclusión la exigencia subjetiva para la justificación: no se trata de no querer defenderse (en el ejemplo dado), sino de no creer que el derecho autoriza la defensa. En el sistema analítico que proponemos, esos casos también pueden ser apreciados como defectos del tipo-figura.

§ 330. ***Delito imposible.*** – Pero el delito putativo tiene que ser absolutamente distinguido del llamado *delito imposible*, en el que el error versa sobre la efectividad del proceso causal puesto en marcha en pos de la consecución de un resultado típico ("aberración del proceso causal" –Beling–), que puede dar lugar a la punición dentro del esquema de la tentativa, como más adelante veremos; aunque parte de la doctrina incluye en él supuestos que son propios –a nuestro entender– del delito putativo (p.ej., cuando el error no recae sobre los medios para lograr el resultado, sino sobre la idoneidad del objeto sobre el que recae la acción, con lo cual se procura aquél, como puede ser el de matar un cadáver, tema éste sobre el cual nos extenderemos al tratar la tentativa).

F) No exigibilidad de la conducta adecuada a la norma

1) Extensión de la teoría de la coacción en la teoría negativa del delito

§ 331. *Coacción y no exigibilidad de otra conducta.* – Vimos que mientras en las situaciones de error el derecho niega la pena porque el autor no ha conocido lo que debía conocer para que se le pudiera reprochar su conducta, en otras, mediando ese conocimiento, niega también la pena, pero porque se considera que no se puede exigir al sujeto la conducta observante del mandato. Hemos señalado, asimismo, que en estas últimas situaciones no se puede decir que el sujeto haya perdido totalmente la posibilidad de optar entre la conducta respetuosa del mandato y la que lo desconoce, pero lo que en ellas ocurre es que el derecho no pone a su cargo la opción que realiza por esta última, porque ello implicaría una exigencia que no condice con la "normalidad" de las reacciones humanas ante los estímulos que la persona recibe del exterior.

Si bien la generalidad de los estímulos que provocan como reacción conductas prohibidas que el derecho no pone a cargo del autor pueden ser catalogados bajo la denominación común de *situaciones de coacción*, tanto la circunstancia de que gran parte de la doctrina sobre la teoría del hecho ilícito haya reservado esa terminología para referirse a la *vis* moral (compulsiva), como la de que algunos penalistas (sin duda interpretando erróneamente las palabras de la ley) parecerían restringir aquellas situaciones a las de coacción procedentes de "amenazas" dirigidas por un tercero al agente, nos hace preferir, como denominación genérica de las hipótesis que aquí expondremos, la de *no exigibilidad de la conducta adecuada a la norma*, que nos permite comprender en ella, sin esfuerzos, todos los casos en que el sujeto –aun sin ser amenazado por otro– obra teniendo presente que si lo hace de otro modo (de acuerdo con el mandato), puede ver vulnerados bienes jurídicos propios o de terceros, que cree que es su obligación salvaguardar.

Por otra parte, el empleo de tal terminología, reduciéndola a estas hipótesis (sin pretender erigirla en causa general de "inculpabilidad"), puede permitirnos distinguirlas con mayor precisión, cuando lo que está afectado es el aspecto volitivo de la conducta del autor sin que el cognoscitivo haya sufrido mengua, de las hipótesis de error, donde lo afectado es este último.

Sin duda alguna la no exigibilidad de otra conducta como causa de exclusión del reproche tuvo, a partir del normativismo, una intelección mucho más general que la que acabamos de otorgarle. Se convirtió en una verdadera causa "general" de inculpabilidad. Pero las hipótesis marcan una diferencia fundamental, que justifica la reducción propuesta. En las situaciones de error el derecho no reprocha la decisión equivocada; en las de coacción el derecho no exige una decisión diferente de la que no es equivocada aunque sí contradictoria con el mandato, y por eso no lo reprocha; lo que allí no exige es la comprensión de lo antijurídico del actuar, lo que aquí no exige es actuar de acuerdo con lo comprendido; allí lo no reprochable es la equivocación, aquí lo no reprochable es la decisión en sí misma.

Claro está que, desde un punto de vista fundamentalista, podría admitirse que la inexigibilidad de otra conducta "es la naturaleza última de todas las causas de inculpabilidad", según nos dice Zaffaroni, pero el empleo reducido de esa terminología nos parece un medio más efectivo de aventar toda pretensión de convertirla en "una causa de inculpabilidad" –legal o supralegal– autónoma, peligro contra el cual también nos pone en guardia dicho tratadista.

§ 332. ***HIPÓTESIS DE NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA POR MEDIAR COACCIÓN.*** – Hemos de tratar, pues, en esta parte de la teoría negativa del delito –la que hemos preferido denominar *no exigibilidad de la conducta adecuada a la norma*–, las situaciones de coacción que podemos llamar "propia" (*vis* compulsiva, amenazas), las de coacción derivadas de circunstancias de hecho no procedentes de terceros, y las de coacción que se originan en la misma estructura del sistema jurídico, donde, como ya lo hemos indicado, situamos el problema de la obediencia debida. Las tres hipótesis están contempladas en el derecho penal argentino; las dos primeras en el art. 34, inc. 2°, C.P., y la tercera en el mismo art. 34, inc. 5°.

Si bien es verdad que la primera de esas normas menciona las "amenazas de sufrir un mal grave e inminente", la doctrina

ha llegado a la conclusión de que la expresión "*amenazas*" no está tomada allí en un sentido técnico-jurídico estricto, por lo que no sólo comprende las amenazas como hecho punible (art. 149 *bis*, C.P.), sino también todas aquellas situaciones en que el sujeto pasivo percibe que sus bienes jurídicos corren peligro si observa la conducta adecuada al mandato, a raíz de condicionamientos de factores extrahumanos o humanos "involuntarios" o porque él mismo los ha colocado en tal situación.

Esta extensión normativa es reconocida por la doctrina argentina más moderna (Núñez, Zaffaroni). Bacigalupo sitúa la coacción como causa de exclusión de la atribuibilidad, censurando la función que se le asigna de amenguamiento de la libertad (llevándola así al aspecto subjetivo del hecho), pues considera que ello puede conducir a confusiones con la inimputabilidad (también el inimputable carecería de libertad); pero una cosa es que se carezca de libertad por factores internos, con etiología que no sale del agente, y otra que el menoscabo de la libertad provenga de factores externos, que se lo "imponen" a aquél. En cuanto a la extensión de la norma del art. 34, inc. 2°, C.P., a "circunstancias amenazantes que no provienen de otro", considera que se trata de una *extensión supralegal* de ella, o de una aplicación analógica *in bonam partem*, citando en esta última posición a Zaffaroni. Para nosotros las "amenazas" de ese carácter quedan perfectamente comprendidas en la disposición, como hemos dicho, sin necesidad de acudir a dichos procedimientos interpretativos.

En cuanto a la obediencia debida no cabe duda de que la escueta referencia del art. 34, inc. 5°, C.P., tiene que ser encuadrada (y completada) en aquella parte del ordenamiento jurídico que determina sus requisitos y límites (Código de Justicia Militar, leyes orgánicas de cuerpos de seguridad y policiales, reglamentos administrativos).

2) Coacción "propia". Amenazas coaccionantes

§ 333. *La coacción y el delito de coacciones. Requisitos.* En la actual legislación argentina trátase de un concepto estrictamente técnico, que hallamos en el art. 149 *bis*, párr. 2°, C.P., el que tipifica el llamado *delito de "coacciones"*: "el que hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad".

El contenido de la amenaza es el anuncio de un daño ilegítimo para el sujeto pasivo, entendiéndose por tal toda lesión o detrimento de un bien jurídico propio o que puede tener interés en salvaguardar, que se le plantea como potencialmente posible. Trátase, pues, de un daño futuro (peligro), que tiene que ser inminente (sobre esta característica la exigencia del art. 34, inc. 2º, puede ser más estricta que la del art. 149 *bis*, párr. 2º), suficientemente grave como para que pueda condicionar la voluntad del coaccionado; con relación a él la amenaza tiene que ser seria, lo cual implica que el daño sea, como dijimos, posible, y su producción gobernable por el sujeto activo (al menos a los ojos del pasivo). La ilicitud del daño depende de que el derecho no obligue al coaccionado a soportarlo (pero no tiene necesariamente que constituir un delito); también puede ocurrir que dicha ilicitud no provenga del carácter intrínsecamente ilícito del daño anunciado, sino de la injusticia de su ejercicio (p.ej., amenazar con una demanda para obligar a cometer un delito).

Ahora bien, según lo hemos adelantado, puede ocurrir que, pese a no darse todos esos caracteres, no se pueda formular al agente el juicio de reprochabilidad, lo cual ocurrirá cuando actúe erróneamente en la creencia de su existencia.

3) Coacción derivada de situaciones de hecho por factores naturales o de conductas del propio autor

§ 334. ***Ubicación.*** – Tradicionalmente la teoría del hecho ilícito y en gran proporción la doctrina penal clásica, trataron el tema como extensión de la teoría del *caso fortuito*; paulatinamente terminó por encuadrarse la coacción procedente de factores naturales como un capítulo de la inculpabilidad por defecto de una de las bases en que tiene que apoyarse el juicio de reproche.

§ 335. ***Estado de necesidad exculpante.*** – Estas últimas situaciones se dan cuando el autor, a causa de circunstancias no creadas intencionalmente por otro con fines de coacción, se encuentra amenazado de sufrir daños en sus bienes jurídicos o en aquellos que, sin ser suyos, puede tener interés en proteger,

y que pretende alejar por medio de la conducta antijurídica típica. En general estos casos caben en el llamado *estado de necesidad exculpante*, en el que, a diferencia de lo que ocurre en la justificación por estado de necesidad, si bien el daño cuyo peligro percibe el autor tiene que ser grave e inminente según las propias exigencias del art. 34, inc. 2°, C.P., no necesita ser más grave que el que se produce, o, en otras palabras, la acción formalmente típica no tiene que recaer sobre un bien de mayor valor que el que se trata de salvar; así, el estado de necesidad exculpante resuelve el conflicto de bienes de igual jerarquía (p.ej., el caso de la tabla capaz para un solo náufrago en el ejemplo clásico) y en supuestos de bienes jurídicos de importancia (especialmente los personalísimos), el que se trata de salvar puede llegar a ser de menor jerarquía que el vulnerado, puesto que la irreprochabilidad depende aquí, en su mayor parte, de la condición subjetiva en que el autor se ve colocado ante la situación de hecho que vive.

El caso de conflicto de bienes relativos al estado de necesidad exculpante ha dado lugar a la cuestión de saber si dicho estado de necesidad se limita, como factor de la teoría negativa, a determinados bienes con pretensión de ser salvados, o se extiende a la salvación de cualquier bien. Considerando inconveniente esta extensión desde el punto de vista político-criminal una corriente doctrinaria, hallando atinada la restricción del § 35 del Cód. Penal alemán (que reduce los bienes "salvables" a la vida, integridad corporal y libertad propia o de parientes o personas cercanas), procura hacerla reconocer en aquellos derechos que, como el nuestro, no consagran taxativamente tal restricción. Llama la atención que participen de esta opinión tratadistas que consideran viable la "interpretación" analógica *in bonam partem*. Entre los nuestros, Bacigalupo –posiblemente por considerarlo un supuesto de causa supralegal de exclusión del elemento atribuibilidad– insiste en tal restricción para el estado de necesidad que estudiamos.

Creemos que se trata de una restricción analógica y que la única limitación que procede del art. 34, inc. 2°, C.P., es la que deriva de la gravedad del daño amenazado, con lo cual quedan fuera de la excusa, en los casos de bienes equivalentes, la salvación de un bien de escasa entidad, y en los no equivalentes, la salvación de bienes esencialmente inferiores al vulnerado (sólo por esta vía y en esta hipótesis podrá llegar a reconocerse la restricción indicada).

§ 336. ***Peligro originado en una conducta voluntaria del autor.*** – Pero también caben en el cuadro de la coacción algunas de las hipótesis, descartadas del estado de necesidad justificante, en razón de que el peligro para el bien jurídico propio se ha originado en una conducta (es decir, en un acto voluntario) del autor. No rige pues aquí, la exigencia de la justificante de que el mal amenazado sea *extraño al autor*. Pero en éste, como en los demás casos de coacción, las soluciones no dependen de principios generalmente válidos, sino de la particular situación concreta, influyendo en aquéllas una serie de factores, como el de la importancia del bien amenazado, las especiales circunstancias en que dicha amenaza se desarrolla, etc. (p.ej., difícilmente podríamos negar la exculpación en el caso, ya expuesto, del agricultor que habiendo prendido fuego a sus rastrojos, se apodera del equipo de labranza del vecino para hacer un parafuego que evite la extensión de aquél en su propio campo).

También pueden quedar en principio comprendidas aquí (aunque no toda la doctrina parece estar conforme) aquellas hipótesis en que el sujeto está obligado a soportar el riesgo –que, por tal motivo, quedan fuera de la justificación– cuando pueda considerarse que ha sido una situación de coacción lo que lo ha forzado a incumplir su obligación. El derecho común no castiga la cobardía: el bombero de un cuerpo voluntario que lesiona a un compañero para salvar su vida en un incendio, podrá no haber actuado justificadamente, pero puede quedar a cubierto de la pena por no podérsele formular un juicio de reproche por su conducta. Sin embargo, hay que hacer notar que ello no excluye, en gran número de casos, la responsabilidad de índole administrativa (derecho disciplinario) que surge de leyes especiales (p.ej., leyes orgánicas de cuerpos de seguridad o policiales), y que hay leyes de esa índole que restringen y hasta excluyen la posibilidad de exculpación en esos casos con relación a los delitos que ellas mismas crean (derecho penal militar).

En nuestra doctrina es Zaffaroni quien parece excluir estas situaciones de la exculpación, al sentar, como premisa general, que "para que esté reducido el injusto... es necesario que el autor no se halle en ninguna particular situación jurídica de la que se derive el deber jurídico de afrontar el peligro".

§ 337. *El temor.* – Como hemos visto al tratar de la teoría del error, la exculpación puede no estar atada a la efectiva existencia de la situación de coacción (que medien las circunstancias objetivas que puedan producirla). Tiene valor en esto lo que ya se ha dicho sobre la cuestión en la exposición de aquella teoría, aunque insistiendo en que cuando el temor es "infundado" (error vencible), puede operar el remanente de culpa que dé lugar a la aplicación del correspondiente tipo culposo si se halla positivamente consagrado.

4) Coacción originada en el sistema jurídico

§ 338. *La obediencia debida o jerárquica.* – Como hemos adelantado, hay casos en que el autor, aun conociendo el carácter delictivo de la conducta que observa, lo hace teniendo presente que la conducta contraria puede acarrear una vulneración de sus propios bienes jurídicos en virtud de que el mismo sistema jurídico prevé esta consecuencia para el supuesto de que haya adoptado la conducta que está conforme con el mandato. Esta es la hipótesis de la *obediencia debida* (art. 34, inc. 5°, C.P.), respecto de la cual ya hemos negado la posibilidad de considerarla causa de justificación y que asume importancia en el derecho –sobre todo en el derecho penal– cuando se trata de la ejecución de una orden que importa un ataque ilegítimo, penalmente típico, a bienes jurídicos de terceros, y cuando el ejecutor debe necesariamente obedecerla sin poder examinarla porque el derecho no le permite hacerlo.

En tales casos es indudable que el autor *puede* optar entre la obediencia y la desobediencia, pero como esta segunda le puede producir una sanción (jurídica) vulneratoria de sus bienes, actúa en una situación de coacción que se opone al juicio de reproche cuando optó por la obediencia.

Vemos, pues, que el problema básico para la solución de los casos concretos que plantea la obediencia debida como situación de coacción, es el relativo a la posibilidad o imposibilidad del examen de la orden cuya ejecución constituirá una conducta delictiva por parte del subordinado. En principio, desde el punto de vista "formal", toda orden es examinable, ya que el régimen jurídico no obliga a obedecer a quien carece de

competencia para impartir la orden (p.ej., al oficial jefe que no ejerce mando); asimismo, en principio la orden no es examinable desde el punto de vista sustancial, cuando ha sido dada por el superior dentro de su competencia: la legitimidad o ilegitimidad del contenido de la orden corre por cuenta del superior que la imparte (autoría mediata).

Sin embargo, este último principio no asume la misma extensión en todos los casos, porque la situación de coacción no tiene la misma intensidad (gravedad del daño amenazado) en ciertas áreas reglamentadas que en otras, pero ello depende de los casos en concreto y de los límites del efecto exculpante de la coacción (p.ej., puede admitirse que el chófer del ministro que le da la orden de conducir a excesiva velocidad para llegar a tomar un vuelo, pueda encontrarse ante una situación de coacción al crear el peligro propio de un delito culposo, si puede perder su puesto ante la desobediencia, pero muy difícilmente podrá aceptarse que se halle en una tal situación si aquél le ordena arremeter con el automóvil contra un grupo de escolares que atraviesa la calle; mas no es lo mismo la situación del soldado que recibe de su jefe de compañía la orden de disparar contra un grupo de personas en un tumulto, cuya desobediencia puede acarrearle graves sanciones –penas– previstas en los reglamentos militares). Con todo hay que advertir que aun en las áreas en que el deber de obediencia es más estricto, la doctrina y jurisprudencia han extendido el poder de examen de la ilegitimidad de la orden por parte del subordinado cuando ella importa una conducta manifiestamente cruel o excesiva (en cuanto tal innecesaria), en cuyo caso cede el poder exculpatorio de la obediencia debida, sin perjuicio del que procede de la coacción "propia".

> Conviene poner en guardia sobre la tendencia, que alguna vez pareció apuntar en la doctrina, de limitar la obediencia debida en base de particulares delitos que constituyen ataques al mismo sistema jurídico –como ciertos casos de abuso de autoridad del art. 248, C.P., o la rebelión del art. 226, C.P.– como si esos delitos fuesen excepciones a las reglas de la Parte General, lo que a todas luces es inexacto.

§ 339. ***Error y obediencia debida.*** – Las características que requiere la obediencia debida como factor de la teoría ne-

gativa, nos muestran, por sí, la influencia que sobre el tema pueden tener los principios que vimos al exponer la teoría del error. Puede mediar error esencial e invencible ("no imputable") ya sobre la posibilidad de examinar la orden, ya sobre la competencia del superior que la imparte, sobre su necesariedad en los casos límites que hemos expuesto, o, en muchos supuestos, sobre el contenido de ilicitud de ella. Errores de ese carácter, según adelantáramos, pueden eliminar la responsabilidad del subordinado al no podérsele formular reproche en razón de la influencia de aquéllos.

§ 340. *Efectos de la obediencia debida.* – Sea que la hipótesis concreta de obediencia debida pueda construirse sobre una situación de coacción o exculpar por aplicación de los principios del error, la responsabilidad, como dijimos, se traslada al superior como autor mediato. En principio, el subordinado queda al margen de la responsabilidad, salvo aplicación de reglas especiales.

Una de esas reglas especiales la encontramos en el art. 514 del C.J.M. que, consagrando la responsabilidad del superior por el delito cometido en virtud de la orden ilegítima, desplazando así la del subordinado que la obedece, permite considerar "cómplice" a éste cuando ha incurrido en "excesos" en la ejecución de la orden.

§ 341. *La obediencia debida en la doctrina penal contemporánea.* – Por nuestra parte, el reconocimiento del principio de unidad de la antijuridicidad, en su exacta inteligencia, nos condujo a dejar de lado el criterio de ver la obediencia debida como justificante, pues no podemos concebir que el mismo hecho sea "jurídico" para el subordinado y "antijurídico" para el superior. Pero también hemos advertido que este argumento no tiene vigencia para aquella doctrina que, a partir del concepto personal del injusto, admite que "el interpuesto para la comisión de un acto antijurídico actúe justificadamente" (Zaffaroni). Los criterios divergentes pueden asumir consecuencias dogmáticas de importancia: para el enunciado en último término, el sujeto pasivo del hecho delictivo que ejecuta el subordinado en virtud de la orden no podrá actuar contra éste en legítima defensa, sino que lo hace en situación de coacción; para nosotros la legítima defensa es posible y, sin duda, los requisitos y los efectos no son iguales.

La variedad de soluciones que aporta la doctrina es bastante acentuada: como situación de inexigibilidad de otra conducta proponen la obediencia debida Sainz Canteros, Rodríguez Muñoz, que para Rivacoba es causa supralegal de inculpabilidad en los sistemas en que no está expresamente legislada; como causa de justificación la ven Rodríguez Devesa y Mir; en bifuncionalidad de causa de justificación e inculpabilidad, Quintano Ripollés y otros; como situación de coacción –en tesis muy cercana a la por nosotros expuesta– el profesor Fierro.

Se advierte en la doctrina una tendencia a desdibujar la obediencia debida como factor autónomo de la teoría negativa del delito. Veamos algunos ejemplos: para Zaffaroni la orden formalmente correcta (que no se puede examinar), si no es manifiestamente antijurídica da lugar a una hipótesis de cumplimiento del deber que para él es una causa de atipicidad; si es manifiestamente ilegítima, la conducta típica puede estar justificada o, en su caso, ceder en su tipicidad por ausencia del tipo subjetivo (error) o porque se tiene que considerar que el subordinado actuó en estado de necesidad exculpante. Para Bustos Ramírez puede aparecer como causa de atipicidad cuando el derecho obliga al cumplimiento de la orden (como ocurre en el derecho penal militar) o como de justificación, "cuando no hay un deber específico de actuar", de carácter muy particular porque se construye sobre un error de tipo que el derecho presume *iuris et de iure* como invencible. Para Campos, en los casos en que el subordinado tiene posibilidad de examinar la orden, la obediencia debida puede operar como error invencible; si, por el contrario, no puede examinarla se encontraría en una situación de coacción. En este panorama parecería aceptable la opinión de Zaffaroni de "que es sobreabundante la referencia legal a la obediencia debida, que sólo puede tener un sentido aclaratorio, pero que carece de autonomía, porque es... un complejo de hipótesis diferentes".

Pero discrepamos: fuera de los reparos que siempre nos ha merecido la tendencia a minusvaluar los problemas de la ley, la mención expresa de la obediencia debida plantea en la ley argentina un factor negativo de responsabilidad autónomo porque si bien da cuenta de una situación de coacción, no se trata de la coacción regulada por el art. 34, inc. 2°, C.P., sino de otra, de características distintas, como pensamos haberlo demostrado, que se revelan a partir de su origen diferente.

No podemos cerrar la exposición de la doctrina sin dar noticias de dos opiniones no del todo corrientes, aunque ambas han pesado en nuestros tribunales. Una de modo excepcional: nos referimos a la tesis de Roxin sobre la obediencia en los aparatos de poder organizados –cuya inadecuación a nuestro derecho he-

mos expuesto en otro lugar– y, que prácticamente reduce la inocuidad exculpatoria a la obediencia debida en un gran sector de actividades. La otra es de mayor raigambre; Núñez –aunque excluyendo la reglamentación del derecho penal militar– considera que la obediencia debida opera como justificación sólo en los casos de órdenes legítimas, en los que el subordinado al obedecerla, no hace más que ejercer legítimamente su cargo de ejecutor aunque aquélla quede autonomizada de las causas mencionadas en el art. 34, inc. 4°, C.P., puesto que mientras en éstas se ejerce un poder de decisión o ejecución originario, en la del art. 34, inc. 5°, se ejerce un poder delegado; el profesor cordobés excluye como caso de obediencia debida la de la orden ilegítima, en la que el autor eventualmente puede quedar al margen de la responsabilidad por aplicación de la teoría del error o de la teoría de la coacción. En este aspecto hicimos notar que, para nosotros, el problema de la obediencia debida sólo puede plantearlo la orden sustancialmente ilegítima.

G) Impedimentos para la imposición de la pena (impunidad)

§ 342. *Circunstancias de impunidad.* – Al tratar la teoría positiva del delito expusimos que hay casos en que, pese a la existencia de una conducta típicamente antijurídica y culpablemente reprochable, el derecho penal niega la aplicación de la pena. Tal ocurre cuando no se ha dado la *condición objetiva de punibilidad* requerida por el tipo, o cuando media la existencia de una *excusa absolutoria*, en que se considera que, consagrando la impunidad, se pueden preservar intereses que son prevalecientes con respecto a los que representa el *ius puniendi*, o cuando el delito se plantea como imperseguible por *defecto o falta de la acción procesal* para demandar la imposición de la pena. Si bien el primer supuesto no requiere un tratamiento especial en nuestro derecho penal –que, por otra parte, ya hemos realizado–, sí es necesario para los otros dos.

1) Excusas absolutorias

§ 343. *Hipótesis legales.* – Sin repetir en este lugar los conceptos ya formulados en las referencias contenidas en la exposición de la teoría positiva, corresponde enunciar los supuestos de excusas absolutorias que están contempladas en el dere-

cho penal argentino, precisando el carácter de ellas a través de su clasificación.

Hallamos, en primer lugar, excusas absolutorias que atienden a la *calidad del autor o a circunstancias relacionadas con su persona*: impunidad de la mujer que intenta su propio aborto (art. 88, cláusula final, C.P.); impunidad de parientes en determinadas circunstancias de delitos de hurtos, defraudaciones o daños (art. 185, C.P.); impunidad del encubrimiento de parientes y amigos íntimos (art. 279, Cód. Penal).

En segundo lugar, hay excusas absolutorias que atienden a una *actividad del autor posterior* al comienzo o aun a la consumación de la conducta delictiva: impunidad de la tentativa (art. 43, C.P.); impunidad de los delitos de violación, estupro, rapto o abuso deshonesto cuando el agente contrajere matrimonio con la víctima (art. 132, C.P.); impunidad de las injurias y calumnias retractadas (art. 117, Cód. Penal).

En tercer lugar, hay excusas absolutorias que dependen de la *actividad de terceros*: posibilidad de declarar exentos de penas a los autores (o a uno de ellos) de injurias recíprocas (art. 116, Cód. Penal).

Y, por último, encontramos excusas absolutorias que dependen de las particulares *circunstancias en que el autor comete el delito*: injurias vertidas en juicio y no dadas a publicidad, que sólo pueden ser sancionadas disciplinariamente, pero no con pena (art. 115, Cód. Penal).

2) Imperseguibilidad del delito

§ 344. ***Impedimentos de la promoción de la acción procesal penal.*** – En este aspecto encontramos dos factores que impiden la perseguibilidad del delito a fin de imponer la pena: los casos en que queda impedida la promoción válida de la acción procesal y aquellos en que ésta queda extinguida.

Así, *impide la promoción válida de la acción procesal penal*, la falta de actividad del sujeto u órgano jurídicamente habilitado para promoverla (titular de la acción), es decir, el ofendido-víctima (o de su representante legal en los casos en que no tenga capacidad procesal para hacerlo él) en los delitos de acción privada (arts. 73 y 76, C.P.); o del representante del

ministerio fiscal en los demás casos (arts. 71 y 72, C.P., aunque respecto del último el ejercicio de la acción está condicionado), salvo en algunos sistemas procesales donde la requisitoria de instrucción para iniciar y avanzar en la etapa instructoria del proceso no es indispensable (algunos códigos procesales otorgan la facultad de iniciación al juez de instrucción, que puede ejercerla aun sin que medie actividad fiscal).

También impide la promoción válida de la acción la ausencia de *condiciones* expresamente requeridas por la ley para que la ejerza su titular en los siguientes casos: declaración previa del divorcio de los cónyuges por causa de adulterio para accionar por este delito (art. 74, C.P.); el "acto de instancia" (denuncia) del ofendido víctima o de su representante legal en los delitos dependientes de instancia privada, salvo las excepciones previstas por la propia ley (art. 72, Cód. Penal).

En las dos hipótesis que acabamos de indicar el impedimento posee un carácter que se puede conceptualizar como "dilatorio". Mientras la acción procesal penal no haya desaparecido del mundo jurídico (por una causa de extinción), podrá intentarla el titular habilitado de ella en tanto se haya cumplido la condición.

Por el contrario, tienen efectos extintivos definitivos (en terminología procesal "perentorios"), las causas de *extinción de la acción procesal penal*; muerte del imputado, amnistía, prescripción, renuncia del agraviado en los delitos de acción privada (art. 59, C.P.), oblación del máximo de multa en los delitos reprimidos exclusivamente con dicha pena (art. 64, C.P.), muerte del cónyuge ofendido en el adulterio (art. 74, Cód. Penal).

La extinción produce sus efectos tanto sobre la acción en curso dentro del proceso, como sobre aquella que, habiendo nacido a raíz del hecho delictivo, no ha sido ejercitada aún ante el organismo jurisdiccional correspondiente.

§ 345. ***PARTICULARIDADES DEL DERECHO ARGENTINO CON RELACIÓN A LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PROCESAL PENAL****. — Como causas de extinción podemos analizar las siguientes:

* Por el profesor Enrique García Vitor y el abogado Ricardo C. M. Álvarez.

a) *Muerte del imputado.* Dentro de las causas extintivas, la muerte del imputado da lugar a su pronunciamiento en virtud del principio de personalidad de la pena, en lo que existe coincidencia en la doctrina nacional. Constituye una causa natural de extinción de la acción penal.

b) *Amnistía.* Constituye un acto político de carácter general emanado del Congreso (art. 67, inc. 17, C.N.), que se fundamenta en la preservación de la paz social en aquellos casos donde no es conveniente la total derogación de la ley penal, sino su restricción con respecto a situaciones determinadas, que tienen por efecto suspender la aplicación de la misma extinguiendo la acción que se encuentra en curso e impidiendo su promoción o prosecusión. El hecho sigue siendo antijurídico (Soler), como claramente lo demuestra la procedencia de la reparación del daño causado por el delito (art. 61 *in fine*, Cód. Penal). Sólo hace desaparecer el "delito" como fuente de pena.

Las legislaturas provinciales pueden dictarlas con referencia a infracciones a leyes que ellas puedan sancionar en virtud de los poderes reservados (art. 104, Const. Nacional).

En cuanto a la oportunidad de su dictado es procedente para hechos pasados, no para los futuros, extinguiendo la acción penal y, como se verá luego, haciendo cesar la pena en caso de que sobre los mismos hubiese recaído sentencia firme. Creus. señala que ningún efecto producirá en los procesos en que la acción se haya declarado extinguida por otra causal.

Es procedente para cualquier tipo de delito, si bien parte de la doctrina, atendiendo a su fundamento histórico, la limita a delitos políticos, ampliando luego su alcance a los conexos. La Constitución Nacional no contiene limitaciones (Núñez).

La generalidad que caracteriza la amnistía "significa que el olvido debe referirse a una o más especies de delitos o a todos los delitos cualquiera sea su especie" (Núñez), siendo improcedente individualizar la delincuencia o la determinación concreta de los hechos delictuosos particulares o de sus actores; "será inconstitucional la amnistía que se pronuncie sobre el homicidio cometido en la persona de X, o cometido por la persona H" (Creus).

Ello no implica que la ley no pueda contener limitaciones o condicionamientos –siempre que éstos sean igualmente generales–; se citan como ejemplos la exclusión de los reincidentes, los hechos cometidos con cierto móvil (ánimo de lucro), circunstancias en que los mismos se llevan a cabo (tiempo de guerra), etcétera.

Ya señalamos que, en tanto no importa la derogación de la ley, rige para hechos pasados, no para el futuro, siendo su aplicación de oficio por parte de los jueces, sin que pueda ser renunciada en consideración al fundamento que da andamiaje a su existencia y por ser de orden público. No obstante, tal principio no operaría en los casos en que la propia ley establezca el requisito de la petición por parte del interesado (Núñez), lo que daría lugar a que dependería de su voluntad gozar del beneficio (De la Rúa).

La amnistía se aplica también a los hechos que tan sólo fueron tentados y, en caso de concurso real con un hecho no amnistiado, procede parcialmente.

No se comparte el criterio de que sea improcedente aplicarla cuando la pena se hubiese cumplido, si se tienen presentes efectos como los que se prevén en el art. 50, párr. 3°, C.P., en que se excluyen como delitos precedentes a los fines de adquirir la calidad de reincidente a los amnistiados.

Ya que "borra" el delito tiene incidencia en institutos como la condenación condicional, libertad condicional y reincidencia.

En orden a la reparación del daño, tanto el material como el moral (Núñez), si bien este último ha sido discutido (Creus, De la Rúa), la amnistía no extingue la responsabilidad civil.

c) *Prescripción.* Cimentada en elementales razones de política legislativa, la prescripción abreva en dos motivaciones básicas, que viabilizan su influjo extintor sobre la acción penal, obstando o aniquilando –según los casos– su curso procesal.

Tales motivaciones estriban, por un lado, en un fenómeno físico: el mero transcurrir del tiempo que deposita en la vida social un espectro residual susceptible de traducirse en olvido del hecho por desaparición de sus efectos, o como cesación de la impresión moral negativa a que diera lugar, como pautas que

animan la inutilidad de su persecución. Fue quizás éste el fundamento originario del instituto en el Código, hasta que la ley 11.221 de Fe de Erratas incorpora (adulterando el propósito inherente a su acepción genuina) la "comisión de un nuevo delito" como causa interruptora, proporcionando así la otra razón fundante de la institución. Es decir, al devenir temporal, se sumó la presunción de enmienda y buena conducta en el agente que implica su abstención delictiva.

Sobre su naturaleza se han ensayado tres concepciones. Aquella que, apuntando a su efecto neutralizante sobre la potestad represiva, le asigna naturaleza material. Otra tesis la estudia desde una óptica procesal, ya que impide la prosecución de la acción. No faltan quienes contemporizando ambas, asignan al instituto un carácter mixto, toda vez que, aunque esencialmente material, provoca efectos de índole procesal.

Su carácter personal fluye del art. 67 *in fine*, C.P.: "la prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del delito".

De conformidad con el art. 62, C.P., la acción correspondiente a delitos penados con reclusión o prisión perpetua prescribe a los quince años. Aquellos reprimidos con pena privativa de la libertad temporal, en el máximo de duración de la pena, no pudiendo el término de prescripción, empero, exceder de doce años ni bajar de dos años. Los hechos reprimidos únicamente con inhabilitación perpetua, a los cinco años y al año si fuere temporal esta sanción. A los dos años en delitos penados con multa.

Resulta importante destacar la unidad del plazo de prescripción, aun frente a delitos castigados con penas conjuntas o alternativas. En tales supuestos, el plazo aplicable se resuelve por su mayoría, independientemente de que corresponda o no a la pena más grave según la clasificación del art. 5º, Cód. Penal.

El art. 63, C.P., precisa el extremo temporal inicial adecuado para computar el plazo de la prescripción, distinguiendo entre delitos instantáneos y "continuos". En los primeros, la medianoche del día de su comisión representa el punto de partida de los términos respectivos. Quedan aquí comprendidos –con arreglo a los grados de imputación delictiva– tanto las

consumaciones como las tentativas. Si se trata de delitos continuos el término inicial nace la medianoche del día en que cesare su comisión. Ello constituye una consecuencia natural y coherente con la estructura de tales figuras, caracterizadas por la presencia de un estado típico y antijurídico prolongado en el tiempo. Se interpreta que se incluyen en esta categoría los delitos permanentes.

Una cuestión que ha suscitado divergencias doctrinarias y criterios judiciales encontrados radica en la forma de computar los plazos de prescripción ante hipótesis de pluralidad delictiva material. Una primera tesis denominada del "paralelismo", y que parece granjearse la afición de la mayoría, estima que en el concurso real la prescripción corre separadamente para cada delito, abominando de toda eventual sumatoria de los respectivos plazos, operación reservada exclusivamente como instrumento para la aplicación de penas. La tesis de la "acumulación", partiendo del art. 55, C.P., propugna la regencia de un plazo único de prescripción, resultante de la suma de los términos máximos de pena de los delitos concurrentes.

Se han formulado severas objeciones a este temperamento, por cuya vía –se ha dicho– se trocaría la finalidad específica del art. 55, C.P., en tanto regla de consulta para aplicar penas, desnaturalizando el espíritu de la institución en contra del imputado, llegando a comprometer –incluso– el propio principio de legalidad (Núñez).

Por el contrario, no ofrece perfiles debatibles el concurso ideal. Va de suyo que si la unidad de pena se resuelve diáfanamente con arreglo al art. 54, C.P., idéntica suerte correrá el plazo de prescripción de la pena mayor, única aplicable, y, por tanto, única determinante de ese plazo.

Los términos fijados por el art. 62, C.P., pueden sufrir mutaciones en más, si concurrieren causales de suspensión o interrupción.

1) *Suspensión.* El art. 67, párr. 1°, C.P., alude a las cuestiones previas o prejudiciales, dotando al trámite de su resolución consecuencias suspensivas sobre la prescripción de las acciones de los delitos en que aquéllas deban resolverse.

Las cuestiones previas requieren un pronunciamiento anterior al del proceso penal, sin vincularlo a éste al no hacer cosa juzgada (p.ej., jury de enjuiciamiento).

Las prejudiciales, dependientes asimismo de trato judicial distinto hacen, empero, cosa juzgada en el proceso en que se investigue el delito (p.ej., art. 1104, inc. 1°, C.C. –aunque la referencia resulte discutible–).

Más allá del casuismo paradigmático, interesa subrayar que las causales descansan en circunstancias impeditivas de la persecución penal, cuya decisión concreta depende de un juez extraño al del proceso por el delito, fuere la cuestión de índole civil, penal, administrativa, etc. (Vera Barros).

La prescripción correspondiente a los delitos de cohecho, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, y prevaricato, se suspenderá "mientras cualquiera de los que hayan participado se encuentre desempeñando un cargo público" (art. 67, párr. 2°). Obviamente, la causal de suspensión procura aquí preservar la punibilidad de las figuras mentadas.

La ley 23.077 incorpora un tercer párrafo a la norma en análisis, agregando otro supuesto de suspensión con relación a determinados delitos previstos en el capítulo I (*Atentados al orden constitucional y la vida democrática*) del título X del Cód. Penal. Son ellos los descriptos en los arts. 226 y 227 *bis*: la suspensión se extiende hasta el restablecimiento del orden constitucional. La razón de ser de esta causa se deduce sin esfuerzos a partir de la naturaleza de las acciones conminadas y a la necesidad de no tornar ilusoria su prevención general.

En todos los casos, la suspensión de la prescripción obsta la iniciación o curso del plazo (si ya está corriendo) desde el momento de su aparición. Removida la causa, el tiempo anterior a su advenimiento no se pierde, se suma al que pueda transcurrir de allí en más.

Otra causa suspensiva ha sido introducida en el art. 19, párr. 4° *in fine* de la ley 23.737 por el tiempo que dure en tratamiento de desintoxicación y rehabilitación aplicado a los procesados dependientes física o psíquicamente del consumo de estupefacientes (arts. 18 y 19, párr. 2°).

2) *INTERRUPCIÓN*. "La prescripción se interrumpe por la comisión de otro delito o por la secuela del juicio" (art. 67, párr. 4º).

Habíamos anticipado que los fundamentos del instituto estudiado no reposaban tan sólo en el hecho natural del tiempo transcurrido. Precisamente, la presunción de enmienda o buena conducta del autor podríamos encontrarla emprendiendo una faena dogmática de formulación ínsita. Esto equivale a decir que, toda vez que no se actualice la previsión de comisión de un nuevo delito, el individuo habrá satisfecho uno de los recaudos exigibles para ampararse en el beneficio. Por el contrario, estará vedado el camino a tal objetivo, si cometiere un nuevo delito, por su virtualidad interruptora de la prescripción.

Por "delito" hay quienes entienden que la ley se refiere al "delito punible" sancionado por sentencia firme. Otro sector conceptúa que el término "delito" evoca toda conducta típica y culpable declarada por cualquier pronunciamiento no necesariamente condenatorio. Así, por ejemplo, un sobreseimiento por operarse una causa extintiva de la acción penal. No nos parece ésta la solución más feliz, atento a la vaguedad de sus alternativas, idóneas para poner en peligro el principio de legalidad.

Tan imprecisa como gramaticalmente lata, la fórmula "secuela de juicio" se incorpora al Código mediante la ley 13.569, reconociendo como antecedente inmediato el art. 109, inc. 2º, del proyecto Coll-Gómez de 1937. La oscura locución invita –cuando no impone– al esfuerzo del estudioso para desentrañar su verdadero e íntimo significado, susceptible de gestar tantas acepciones como intérpretes haya. A poco andar se advierte que el sentido que ha querido darle la ley se encuentra decididamente divorciado de su filiación semántica.

Existe acuerdo en asignar a la fórmula la idea de trámite, desarrollo o desenvolvimiento del proceso, aunque la precisión de tales actitudes rituales impongan ahondar el análisis. No toda actividad o diligencia integra la llamada secuela de juicio. El término abraza aquellos actos directos de procedimiento (terminología más afortunada empleada por el Código de 1886 en su art. 93), es decir los que ostentan entidad impul-

sora del proceso, capaz de dar real dinámica al mismo y que representan el efectivo movimiento de la acción penal. No pueden ser tenidos por tales los efectuados por la defensa, pues perjudicarían los intereses del imputado, ni los dotados de una motivación extraña al objeto procesal penal, p.ej., los referidos a la acción civil.

La oportunidad de tales actos para reconocerles eficacia interruptiva abona un terreno también opinable. Cierta doctrina considera que los actos pueden realizarse durante todo el proceso –incluso la instrucción–, mientras que otro sector apoyado en la letra de la ley, circunscribe la aptitud interruptiva de los actos a su manifestación durante el juicio propiamente dicho o plenario.

Las causas de interrupción de la prescripción cancelan el tiempo transcurrido hasta el momento de aquéllas, fijando así un nuevo punto de partida para computar el plazo.

d) *Renuncia del agraviado.* Conforme a lo dispuesto en el inc. 4º del art. 59, sólo extingue la acción en los delitos de acción privada (art. 73, C.P.) y debe ser formulada expresamente por el agraviado o representante legal, desistiendo de la acción en los procesos iniciados o expresando su voluntad de no ejercitarla el que puede promoverla (Creus).

No obstante el art. 1097, C.C., excepciona el principio al establecer que si los ofendidos renunciaran a la acción civil o hicieren convenio sobre el pago del daño se tendrá por renunciada la acción criminal.

La renuncia es irretractable y en virtud del carácter divisible de la acción privada –puede ser dirigida contra uno o algunos de los partícipes en el hecho–, igualmente aquélla puede serlo respecto de parte de los ofensores y no de la totalidad.

La renuncia, de acuerdo con el art. 60, C.P., sólo surte efectos con respecto al renunciante y a sus herederos; no perjudica a otros ofendidos por el delito.

No se necesita que el beneficiario acepte la liberalidad por los efectos selectivos de la misma, aun cuando se discute ello en los casos de inocencia (Terán Lomas cuestiona su existencia por prestarse a negociación).

e) *Muerte del cónyuge ofendido.* Por ser él quien debe promover la acción por el delito de adulterio (art. 74, C.P.) su muerte extingue la acción penal. Es una consecuencia del carácter personalísimo de la acción, fundamento que no se extiende a la pena: en ésta será la mínima suficiencia de su permanencia cuando se ha disuelto el vínculo matrimonial con la muerte (De la Rúa).

f) *Oblación voluntaria de la multa.* El art. 64, C.P., reiteradamente derogado y hoy vigente en virtud de la ley 23.077, prevé la extinción penal en cualquier estado del juicio, en los delitos reprimidos con multa, por el pago voluntario del máximo de la pena correspondiente al delito y de las indemnizaciones que hubieren lugar.

Es procedente sólo cuando el delito es reprimido exclusivamente con multa, no cuando ella funciona conjunta o alternativamente con otra pena, discutiéndose en los casos en que la multa aparece como pena principal y se acompaña una pena accesoria (Creus).

El pago debe ser voluntario, cubriendo el máximo de la pena y las indemnizaciones por daños materiales y morales, que deberán ser fijados por el juez (art. 29, Cód. Penal).

Este instituto fue resistido por parte de la doctrina, que lo consideraba incongruente en tanto extinguía la acción penal por cumplimiento de la pena, no impuesta por sentencia judicial sino por voluntad del delincuente (Terán Lomas).

3) Efectos de la existencia de impedimentos sobre la imposición de la pena

§ 346. *Sobre los partícipes en casos de pluralidad subjetiva activa.* – Cuando se trata de la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o de supuestos de imperseguibilidad del delito, los efectos de impunidad comprenden a todos los partícipes del delito.

Pero cuando lo que media es una excusa absolutoria (aunque la cuestión ha sido muy debatida con respecto a la prevista por el art. 132, C.P.), en principio la impunidad se limita al partícipe, a quien le cabe la excusa y no se extiende a otros; en

algunas ocasiones la misma ley lo declara expresamente (art. 185, párr. 2º, C.P.); otras, en que pueden plantearse dudas (como los de los arts. 115 y 116, C.P.) son casos en que es difícil pensar en partícipes que no hayan tenido intervención como autores, de modo tal que, dadas las características de la excusa en ellas, normalmente quedarán cubiertos por la misma.

§ 347. *SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.* – Pero en todas las hipótesis que hemos estudiado en este capítulo, la circunstancia de impunidad para nada interfiere en la subsistencia de la responsabilidad reparatoria. La punibilidad (en sentido propio) no constituye cuestión previa respecto de la reclamación de ésta. Por otro lado, la ley se cuida de aclararlo expresamente en algunos casos (art. 185, párr. 1º, Cód. Penal).

IV. PARTICIPACIÓN E "ITER CRIMINIS"

§ 348. *PARTICIPACIÓN Y TENTATIVA COMO EXTENSIONES DEL TIPO.* – En rigor la materia de la participación y tentativa podrían formar parte de la teoría positiva del delito, pero por la circunstancia de que este tema incluye también problemas de teoría negativa, parece más conveniente independizar su tratamiento, siguiendo así una posición bastante común en la doctrina.

Tanto la participación como la tentativa vienen referidas por lo general como "extensiones del tipo", con lo cual sólo se quiere significar, como ya hemos dicho, que el tipo está construido legislativamente, por regla general, en función del autor y del hecho consumado. En los tipos en particular, salvo excepciones, no encontraremos referencias a los partícipes ni al delito inconcluso; éstas se regulan en la Parte General y se dice que al ser aplicadas a aquellos tipos, éstos se *extienden*, comprendiendo no sólo al autor, sino también a otros partícipes, y ampliando la particular pena a situaciones en que el delito no está completo, es decir, consumado.

Refiriéndose a la tentativa y desde su particular punto de vista doctrinario, la idea de "extensión" ha sido certeramente expre-

sada por Bustos Ramírez: "se estima que también en estos casos dichos hechos merecen pena, aun cuando haya una diferencia respecto del injusto tipificado en cada delito en particular. Sólo la consumación es la que concuerda plenamente con el disvalor del acto y de resultado del injusto respectivo y de allí que sea ella la única que puede fijar el marco penal, en ningún caso... la tentativa". En cuanto a la participación, si bien "en sentido estricto es una extensión de la punibilidad, porque del tipo legal sólo se desprende el concepto del autor", las reglas sobre ella implican una restricción de dicho concepto en cuanto "tendrían por objeto restringir este concepto extensivo", es decir, reducir la categoría de autor a una de las especies de los eventuales intervinientes "activos" en el delito.

A) Participación

1) Introducción

§ 349. ***La participación como el gran problema doctrinario en la teoría del delito.*** – En todas las cuestiones que hemos visto hasta ahora encontramos un bagaje bastante común de soluciones que, en mayor o menor medida, pueden ser aceptadas por la generalidad de las direcciones doctrinarias, aunque no todas ellas coincidan en sus fundamentos.

Pero eso es muy difícil de afirmar respecto del tema de la participación. En él las tesis son tan encontradas que las soluciones coincidentes se reducen a un escaso número, lo cual no deja de perturbar la aplicación práctica de la ley.

En algunas, como la nuestra, por sus especiales características, que iremos exponiendo, es algo admitido que los problemas se han agravado a raíz de la recepción de la tesis del *dominio del hecho* como nota del autor, que lo distingue de otros partícipes. En resumidas cuentas, según esa doctrina, domina el hecho el que tiene en sus manos el proceso por medio del cual se desarrolla la conducta en el mundo exterior, desde su iniciación hasta la consumación, pudiendo detenerlo si quiere, y ese concepto, así acuñado, introduce en la aplicación de la ley argentina complejidades difíciles de superar.

Si se admite, por ejemplo, que dicho concepto de autor es "abierto", será evidente que muchas veces tendrá que ser llenado por el intérprete, con lo cual no se requerirá a su respecto las limitaciones de la tipicidad de los actos que el sujeto tiene que

realizar para asumir el carácter de autor, lo cual, elevado a la categoría de principio general, puede terminar siendo peligroso para la garantía de legalidad. Según Roxin, conceptos abiertos son aquellos en los que "en lugar de una exacta definición entra en acción la descripción", y donde al fin es la doctrina la que da "principios" en todos aquellos casos en que el intérprete considera que la descripción es insuficiente (Bacigalupo). Así veremos, por ejemplo, que el laboreo con el "plan del autor" –que es de la esencia del dominio del hecho– puede llegar a extender la tentativa a límites que nuestro derecho no aceptaría.

Quienes siguen la tesis del dominio del hecho afirman que sólo por medio de ella es explicable y correctamente dimensionada la *autoría mediata*, pero también se advierte que aquélla quiebra los esquemas tradicionales de ésta, facilitando una desmesurada amplitud del instituto, que algunos doctrinarios son renuentes a aceptar, lo cual, a nuestro criterio, ha llevado a Zaffaroni a pensar en la figura del *determinador* –que tanto puede ser instigador como autor mediato–, que pasa a ser considerado como instigador en algunos casos en que la doctrina más común lo consideraba autor mediato, y que nos parece poco adecuada al derecho argentino.

Por otra parte, la regulación de la autoría y participación en nuestra ley es una y a ella hay que acomodar todas las hipótesis típicas, cualquiera que sea su signo, y la tesis del dominio del hecho "tiene ámbito limitado, ya que es un concepto sólo aplicable a los delitos de comisión dolosos" (Bustos Ramírez), con lo cual, en todos los demás, los problemas de autoría y participación quedarían liberados a la buena voluntad del intérprete y al derecho del pretor.

Esta tendencia, que en cierta doctrina argentina rotulada como "finalista" –acentuada en los esquemas críticos de las proposiciones del nuevo derecho penal–, no preocupa en lo más mínimo, es trasplantada de otra cultura, donde el significado de la "legalidad" no tiene exactamente el mismo contenido que en la nuestra.

Pese a ello, no renunciamos al esfuerzo de tratar de recoger aquellas conclusiones, que aunque no hayan sido aceptadas unánimemente, se presentan como un aceptable criterio de mayoría y representan opiniones que aparecen como más congruentes con nuestra ley.

§ 350. ***Concepto de participación.*** – La doctrina utiliza la expresión *partícipes* en el delito o del delito con un significado

general y con un significado restringido (o específico); con el primero se refiere a cualquier interviniente "activo" en el delito, cualquiera que fuere su grado de intervención (incluido el autor); por el segundo sólo se hace referencia a dichos intervinientes en cuanto no puedan ser considerados autores, es decir a los *cómplices* e *instigadores*.

La figura del *coautor* nos enfrenta con problemas de ubicación –particularmente para la ley argentina– y por eso mientras algunos tratadistas lo tratan como un autor más (autoría plural), otros (p.ej., Núñez) lo limitan a la calidad de partícipe en sentido específico. Pensamos que, dogmáticamente, entre nosotros la figura del coautor es bifuncional: por un lado, puede considerárselo autor (autores plurales en convergencia intencional sobre un hecho común); pero, en algunos casos puede presentarse como partícipe en el hecho de un autor, es decir, en sentido específico, y en ellos, si bien no se puede decir que sea cómplice o instigador, tampoco se puede decir que sea propiamente autor; veremos que es justamente esta última posibilidad la que nos plantea las cuestiones más complejas.

§ 351. ***Regulación de la participación en el Código Penal argentino.*** – En principio, podemos decir que, expresamente en cuanto "extensión del tipo", o sea refiriéndose a los partícipes en sentido específico –sin perjuicio de que de allí se extraiga también el concepto de autor–, la participación está regulada en nuestra ley penal en la Parte General, en disposiciones (arts. 45 a 48, C.P.) que contienen normas aplicables a todos los tipos previstos en la Parte Especial y en leyes penales especiales. Sin embargo, en ocasiones la misma ley formula excepciones en las que, si bien se prevén hipótesis de pluralidad de intervinientes activos, no se aplican aquellas reglas. (Por supuesto que nada tienen que ver con ellas, porque no son casos de "participación" –intervención activa– aquellos en que los tipos exigen una intervención voluntaria de la víctima como ocurre en el estupro.)

En primer lugar, tales excepciones pueden hallarse implícitamente consagradas al estar impuestas por la estructura misma de los tipos. Encontramos así los casos de *codelincuencia* (que también se han denominado de *participación necesaria*,

lo que es incorrecto e inconveniente porque puede confundirse con la complicidad "primaria" o "necesaria" que muchos designan con aquella expresión). En ellos la acción descripta por el tipo es inconcebible si no se conjugan las conductas por lo menos de dos autores (son los llamados "delitos de acción bilateral", como el duelo o el adulterio), o hasta una pluralidad mayor de autores (son los "delitos de acción multilateral", como la asociación ilícita –art. 210, C.P.–), aunque no siempre se requiere de todos los autores una conducta "delictuosa" (p.ej., el "partícipe" del adulterio puede desconocer que yace con una mujer casada).

También a veces la ley castiga autónomamente la participación de quien, en realidad, o puede ser un partícipe con características de coautor o un simple cómplice, derogando a su respecto las normas generales que rigen la participación. Así ocurre entre nosotros con el *encubrimiento* (art. 277, C.P.) donde media una ayuda posterior que, en muchas de sus hipótesis puede constituir actividad de cómplice, pero que nuestra ley castiga como delito autónomo (salvo que la ayuda haya sido prestada al autor cumpliendo una promesa anterior al momento de la consumación), y ocurre con otros delitos donde lo que puede ser una cooperación de coautor o de cómplice se llega a castigar autónomamente al mismo nivel de autor, como se ve en la actividad de los profesionales del arte de curar en el aborto (art. 86, párr. 1°, C.P.), en la suposición de estado civil (art. 139, inc. 1°, C.P.) y en algunos otros.

En segundo lugar, la excepción puede estar consagrada explícitamente, pero ya con destino de impunidad; así el art. 49, C.P., dispone que "no se considerarán partícipes de los *delitos cometidos por la prensa* a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta", quienes pueden ser cómplices quedan, así, al margen de la punibilidad establecida por los arts. 45 y 46 del Cód. Penal.

2) El autor y su distinción de otros partícipes en el delito

§ 352. *Concepto "natural" y concepto "legal" de autor.* Si pensásemos en un concepto estrictamente *natural* de autor

parecería que tendríamos que reconocer como tal a cualquiera que hubiera intervenido "activamente" en el delito, ya realizando de modo principal la conducta descripta en el tipo, ya contribuyendo en cualquier medida a su proceso de manifestación en el mundo exterior (proceso causal). Pero es evidente que tal concepto de autor tiene que ser restringido (concepto *legal*), cuando la ley misma determina otras categorías de intervinientes activos (a los que niega el carácter de "autores", como son, p.ej., los cómplices), colocándolos en situación especial respecto de la punibilidad (aunque en algunos casos la intensidad de la pena sea idéntica). Esto último es lo que ocurre con nuestra ley, para la cual, como veremos, *autor es el que ejecuta el delito*, mas recorta su figura al referirse a los cómplices, que también *pueden haber intervenido en esa ejecución*, pero a cuyo respecto se crea un estatuto especial, distinto del que regula la situación del autor.

Como bien dice Bacigalupo, la teoría de la participación tiene dos posibilidades teóricas: diferenciar formas principales (autor) y formas accesorias (cómplices) o dar un concepto unificado de autor para todas las categorías de partícipes (intervinientes activos). Nuestra ley ha seguido el primer criterio. Zaffaroni nos pone en guardia sobre la designación de aquel primer criterio como *restrictivo*, puesto que considera que es justamente por esa vía como se busca un criterio real (óntico) de autor distinto de otras participaciones en el delito que, precisamente son "extensiones" de él, aunque, como veremos, para nosotros el procedimiento en orden a las calificaciones legales puede ser inverso.

§ 353. *Tesis de distinción.* – Sea por defecto de regulación, sea porque hay casos límites en que los conceptos legales no se adecuan con facilidad, ha sido una larga preocupación teórica la de distinguir al autor de los partícipes en sentido específico. La primera solución que se presenta en la evolución de la doctrina penal de los últimos cien años es una puramente causal, que viene atada a la teoría de la equivalencia de condiciones; quien haya aportado algo para el proceso causal, será autor, con lo cual, en principio, toda contribución a él, de cualquier categoría que sea, convierte al partícipe en autor; es un *concepto extensivo*, en el cual todo interviniente activo aparece como autor.

La crítica a esta solución se produce desde un doble punto de vista: teóricamente reduce el delito a un mero acontecer causal, sin consideración a otros elementos que lo conforman (Gallas); en la práctica extiende desmesuradamente la autoría. Se encuentran en el derecho comparado leyes que han adoptado este criterio, pero que, sin embargo, no han dejado de tratar en forma distinta a algunos de los intervinientes activos respecto de otros, pero no porque ese distinto tratamiento provenga de un diferente concepto de "personaje" del delito, sino de disposiciones que atenúan las penas de algunos de los autores en función de la particular intensidad de la voluntad criminal o de la calidad de su aporte causal (sobre la cuestión puede consultarse tanto a Zaffaroni como a Bacigalupo).

La necesidad de restringir este concepto tan lato, o de distinguir allí donde la ley lo impone, refiriéndose a distintas categorías de intervinientes, abre los caminos de las tesis diferenciadoras. La *teoría subjetiva* lo hace planteándose limitaciones de dicho carácter que distingue al autor del cómplice, según el interviniente quiera el hecho como propio (*animus auctoris*), o quiera contribuir al hecho de otro (*animus socii*).

La teoría subjetiva es presentada históricamente como nacida de la necesidad de reducir el concepto extensivo de autor arrancado de la equivalencia de condiciones (Núñez) o como necesidad de delimitación impuesta por ésta (Zaffaroni) y se indican en la doctrina dos caminos para alcanzar la determinación del "ánimo de autor": la teoría del dolo –que se asigna a Bockelmann– en la que "todo depende de si el partícipe ha subordinado su voluntad a la del autor, y si ha dejado decidir a éste sobre la ejecución del hecho", y la del interés, en la que el "ánimo de autor" se hace coincidir "con el sujeto que tiene un interés en la causación del delito" (Bacigalupo).

Fuera de las dificultades prácticas de determinación de estos "ánimos", se advierte que esta teoría subjetiva es "rechazada por los tipos en que el autor obra en interés de un tercero" (Núñez): por ejemplo, la hermana de la parturienta que por indicación de ella ahoga al recién nacido, no sería, según esta teoría, más que cómplice (ejemplo de Zaffaroni, con un caso que, sin embargo, ha planteado grandes dudas en la jurisprudencia nacional).

Los vacíos y dudas que quedan con la aplicación del criterio subjetivo, motivan la búsqueda de uno objetivo para formular la distinción y aparece así, en primer lugar, la llamada *teoría formal-objetiva*, que atiende a la realización de la acción

descripta por el verbo principal contenido en el tipo: autor es quien realiza esa acción; cómplice es el que, interviniendo activamente en el delito, aun en algunos casos en el desarrollo de la acción en sí misma, no se puede decir que la haya realizado. De alguna manera estos conceptos aparecen regidos por los mecanismos de la causalidad típica; figuradamente se puede decir que autor es quien ha reunido en sí (en su conducta) todos los elementos causales que, en el caso, se hayan aportado para "causar" aquello que el tipo describe como modificación del mundo exterior, pudiéndose afirmar de él, por consiguiente, que es el que "mata" en el homicidio, se "apodera" en el hurto, "perjudica" engañando en la defraudación, etc.; en tanto que es cómplice el que, habiendo aportado alguno de aquellos elementos, no ha desplegado por sí la mecánica total del proceso causal u originado su despliegue con aquel carácter o en la medida antes indicada, siempre con relación a la acción típica principal (el que alcanzó el arma con que el autor mató, cuidó de que nadie interrumpiera el apoderamiento del autor, suministró el documento falsificado que el autor usó para perjudicar engañando en la defraudación).

La idea de que la teoría formal-objetiva requiere la realización "personal" de la acción descripta por el tipo por parte del autor (ver Zaffaroni), fundamenta su crítica, pues quedarían fuera de ella los casos de autoría mediata como delitos realizados no personalmente, por sí mismo, por quien se indica como autor (esta crítica puede verse en Roxin, Zaffaroni, Bacigalupo y muchos otros) y se indica que su aceptación fuerza a considerar la eliminación de aquella categoría o a cuestionar su necesidad (como en su momento lo hizo Bettiol).

Núñez, a partir del concepto de autor como el que realiza el tipo delictivo o interviene en su ejecución, en base al dogma del art. 45, C.P., considera que ésta es la teoría aceptada por la ley argentina. Bacigalupo piensa que la expresión "tomar parte en la ejecución del hecho" no puede fundamentar la distinción entre el autor y otros partícipes, pues todos los intervinientes activos toman parte en la ejecución del delito, con lo cual se terminaría "dando fundamento a un concepto extensivo de autor, pues [se] caerá en la imposibilidad de diferenciar autores y cómplices... dado que éstos también toman parte en la ejecución".

Como se ve, la crítica depende de reconocer o no que la teoría requiere una intervención personal en la ejecución para el autor y del propio concepto de ejecución.

Fueron, precisamente, las dificultades que planteaban algunos tipos y las dudas –o el rechazo– sobre la figura del autor mediato, lo que condujo al empleo de la *teoría material-objetiva*, atenta básicamente al valor del aporte que cada cual ponía con su intervención en el proceso delictivo; de tal modo, por ejemplo, se creyó alcanzar la distinción entre autor y cómplice porque mientras aquél ponía la *causa*, éste se limitaba a aportar una *condición*. Sin duda, distinguir naturalmente en un proceso causal lo que es causa y lo que es condición es algo imposible (como vimos, toda condición es causa), por lo cual, para alcanzar tal determinación, hay que acudir a las limitaciones de la causalidad típica, de manera que, al fin, esta dirección termina coincidiendo con la anterior.

La teoría material-objetiva, que no puede llegar a coincidir ni a confundirse con la formal-objetiva, es la del *dominio del hecho*, para la cual justamente es autor quien tiene ese dominio, aun cuando, en el caso concreto, se haya limitado, en el aspecto ejecutivo, a realizar un aporte que no se adecue al concepto de causalidad típica (se puede entonces sostener que es autor quien no "mató", no se "apoderó" o no "engañó" en cuanto en sus manos haya estado el dominio del hecho), quien no haya dominado el hecho, no puede ser autor, por más que su aporte haya sido determinantemente causal. Quien no reúna en su conducta las características de ese poder, no será más que partícipe (en sentido estricto). Esta tesis, si bien apoya su fundamentación en el concepto de acción final, no necesariamente constituye un desarrollo de ella; aun con una concepción "causalista", se la podría llegar a asumir dentro de ciertos límites, que, claro está, no permitirían la coincidencia de las consecuencias, como puede ser la gran amplitud que los sostenedores de la teoría de la acción final (finalismo) hacen asumir a la figura del autor mediato, como más adelante veremos.

> La teoría del dominio del hecho, si bien es una de las más modernas en el panorama de la doctrina penal, ha recorrido ya un largo camino de perfeccionamiento. Implica reconocer al autor como "señor de la realización del tipo", carácter que sólo asume el que "mediante una conducción consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico", se coloca en ese papel. En el delito con pluralidad de partícipes todos son cooperadores, pero, entre ellos, únicamente es autor quien "dolosa-

mente tiene en sus manos el curso del suceso típico", pudiendo "voluntariamente interrumpir o dejar correr la realización del resultado total". En algunas de estas expresiones de Welzel parecería que con el señorío en la realización del tipo se describiera el tipo subjetivo, es decir, el dolo natural de los finalistas, de manera que la tesis iría a parar al subjetivismo, lo cual no ha dejado de preocupar a sus sostenedores. Por ello, Zaffaroni distingue la dirección de señorío autoral del dolo y afirma la naturaleza objetivo-subjetiva de la tesis.

Respondiendo a una de las críticas que se han dirigido a la teoría (que "el dominio del hecho... es perfectamente compatible con las ideas de auxilio y cooperación que caracterizan la complicidad" en nuestro derecho –Núñez–) y advirtiendo que la dirección final de su propia acción la poseen también los partícipes en sentido estricto, se habla ahora de sobredirección del suceso total, esto es, que el dominio del hecho no se limita a aquella dirección final, sino al poder de dirección final de la totalidad del suceso; no se trata, pues, sólo de la dirección final de la acción, sino que el dominio del hecho "depende además de la posición relativa del sujeto concreto respecto de los demás partícipes" (Bacigalupo), modo de decir las cosas que puede llevarnos a soluciones incompatibles en los casos en que el cómplice converge intencionalmente con el autor, pero sin conocimiento de él.

Desde el punto de vista crítico hicimos ya notar las limitaciones de la teoría respecto de su aplicación a la totalidad de los delitos, con lo que se termina introduciendo una nueva clasificación de *delitos de dominio* y *delitos de infracción de deber* que no admiten esa teoría para determinar el carácter de autor (ver Bacigalupo). Pero, dentro de nuestra cultura jurídica, lo más notable desde ese punto de vista es que el concepto de legalidad con que tiene que trabajar la teoría del dominio del hecho no coincide del todo con el que es corriente. Por ello no es raro que sea el abandono del principio de legalidad (al devaluar la consideración del tipo), el defecto que Núñez le encuentra a ella; circunstancia que no se deja de señalar en una serie de presunciones que la doctrina madre (es decir la alemana) ha elaborado con relación a la prefiguración del dominio, como es la de su existencia en quien ha realizado inmediatamente el tipo (Welzel).

§ 354. ***Conceptos de autor y de cómplice en la ley penal argentina.*** – En nuestra ley, como en otras que restringen el carácter de autor, el concepto de éste *es legal*, no natural, y como concepto legal es un *concepto remanente*, es decir, lo que queda después de excluir como autores a los partícipes que no

lo son; autor no es el instigador ni tampoco el que haya *tomado parte en la ejecución del hecho* (art. 45, C.P.) como cómplice.

En nuestra ley, el cómplice *presta ayuda o cooperación*; ahora bien, sólo puede prestarse "ayuda" o "cooperación" a quien está realizando algo, es decir, en lo que nos ocupa, a quien está llevando a cabo el hecho (por sí mismo o, como veremos, empleando a otro como instrumento); con lo cual tenemos necesariamente que concluir que autor es el que realiza el hecho típico y cómplice el que da un apoyo a esa realización, pero *sin realizar el hecho*, aun en los casos en que, desde un punto de vista natural, pueda decirse que también interviene en la ejecución (p.ej., el que alcanza el arma al homicida en el momento de matar). O sea, las categorías de partícipe (en general) que no son ni cómplices ni instigadores –que son las claramente definidas por la ley en los arts. 45 y 46, C.P.– y que han *tomado parte en la ejecución del hecho*, son para nuestra ley los autores.

Sin dejar de lado la vigencia del aspecto subjetivo de la participación (art. 47, C.P.) nuestro Código, en los arts. 45 y 46, señala la distinción a partir de las categorías de aportes al hecho (según Núñez, adoptando el principio causal). Pero se trata de conceptos legales debidamente acuñados por la ley: el instigador, como quien determina a otro a cometer el hecho sin tomar parte en la ejecución de él (art. 45, cláusula 2ª, C.P.); el cómplice como cooperador de la obra de otro aunque lleve a cabo la cooperación en el mismo contexto del hecho (arts. 45 y 46, C.P.); es autor el que reúne dos características "legales", una positiva: tiene que tomar parte en la ejecución del hecho, otra negativa: esa intervención no puede ser definida como participación en sentido específico. Es decir, mientras los conceptos legales de cómplice y de instigador están acuñados con sentido de "tipo", el de autor también lo está, pero el tipo debe ser completado con los datos negativos que surgen de las mismas normas legales citadas.

No es ésa la idea de Zaffaroni, quien, reconociendo que la distinción entre autor y cómplice surge expresamente de la ley (especialmente el art. 47, C.P.), considera que el Código "no define al autor, al cómplice y al instigador... en forma clara y precisa", limitándose a aceptar los conceptos "tal como vienen de lo óntico"; lo cual, en otras palabras, significa que debemos adecuar la ley a esos conceptos y no podemos determinar a éstos en base a ley; opinión explicable dentro de su realismo jurídico, pero que, según expusimos, no compartimos.

§ 355. *AUTOR INMEDIATO O DIRECTO Y AUTOR MEDIATO.* – Dentro de ese concepto de autor que extraemos de la ley, podemos distinguir el *autor inmediato o directo* y el *autor mediato*.

El primero es el que actúa exteriormente su propia voluntad en relación a la concreción de la acción típica, lo cual puede hacer por sí mismo, desplegando él la actividad, o dejando de actuar en la omisión, o sustituyendo a la suya la voluntad de otro sujeto, a quien fuerza (*vis absoluta*) a desplegar la actividad que él quiere como autor o lo condiciona para que no realice la acción haciéndolo omitir también en la forma típica que él ha querido, lo que puede hacer física o psíquicamente.

Por eso, no es suficientemente ilustrativa la descripción del autor mediato como el que "lleva a cabo la realización del hecho por medio de otro, al que utiliza como instrumento" (Bustos Ramírez, empleando la terminología común de la doctrina que nosotros no hemos dejado de utilizar), porque, como acabamos de ver, hay casos de autor inmediato o directo que emplea a otro como "instrumento" para su obra delictiva y que no es el caso del autor mediato, porque falta allí la acción del instrumento, mientras que en éste el instrumento acciona, lo cual reconoce la doctrina (ver, p.ej., Zaffaroni).

Estos casos de autor directo que realiza el delito por medio de un instrumento humano que no acciona (ni omite por sí), plantea problemas parecidos a los que más adelante veremos en la autoría mediata respecto de los delitos de propia mano y aun de los propios o especiales (la mujer que no puede "acceder carnalmente" hipnotiza a un hombre para que viole –ejemplo de Zaffaroni–; el no funcionario que en las mismas condiciones logra que quien es funcionario malverse caudales públicos), ¿quedarían estos hechos impunes porque el autor directo que hace actuar su voluntad por medio del instrumento que no acciona, carece de las características típicas del autor?

Zaffaroni soluciona el problema mediante la figura del "determinador", que él hace caber en la parte final del art. 45, C.P. (que no coincide exactamente con la del instigador), solución que –como luego ampliaremos– nos parece muy compleja, sobre todo en estos casos que se adecuan muy poco a un concepto propio de "determinación". Nos parecería estar jugando con ficciones si en estos casos afirmásemos que quien no posee las características de autor comete el delito como autor al emplear un instrumento que las posee; hasta creemos que lo mismo ocurre en los delitos de propia mano y en algunos propios o especiales, en que el autor posee dichas características, al igual que el instrumento (no

se puede decir que "viola" el hombre que ha hipnotizado a otro para que lo haga); en tales hipótesis el autor directo no es autor del delito específico; su castigo puede provenir por la senda de delitos autónomos (como pueden ser los delitos contra la libertad).

Autor *mediato* es el que emplea como instrumento de su obra a otro sujeto que acciona (es decir actúa u omite voluntariamente), pero ordenado voluntariamente por aquél en relación a la acción típica: el "ejecutor-instrumento" es el que pone en marcha la acción (el proceso causal) en lo que importa la manifestación exterior de ella, pero ésta responde a la voluntad del autor mediato.

Ya dijimos que es pretensión de la teoría del dominio del hecho el ser la única válida para explicar la figura del autor mediato: esa pretensión, por supuesto, se ha trasladado a la dogmática de nuestro derecho. Por el contrario, nosotros pensamos que dicha figura puede quedar perfectamente comprendida en el concepto legal de autor que surge del art. 45 y ss., C.P.; si se ha pretendido excluir al autor mediato de dicho concepto, se lo ha hecho sosteniendo que él no "ejecuta" el hecho, pero la ley no requiere en su concepto de autor que éste "ejecute el hecho típico", sino que "tome parte en la ejecución", lo cual, por sí, no implica un concepto vulgar (natural) de ejecución, sino jurídico, puesto que hay en él una referencia a la realización externa de la voluntad, la que tanto se puede consolidar por medio de la actuación propia como por medio de la de un tercero: el que "pone" su voluntad en el hecho y hace actuar a otro para manifestarla, "toma parte" en la ejecución aunque materialmente no la ejecute. En otras palabras, con la ley argentina podemos alcanzar la punibilidad del autor mediato como autor, sin necesidad de acudir a la noción de dominio del hecho.

§ 356. ***Hipótesis de autoría mediata.*** – Tradicionalmente se había llegado a aceptar como hipótesis de autoría mediata aquellos casos en que el autor actúa empleando como instrumento a un *inimputable* o a un *inculpable* que actúa por error o bajo coacción, sea que el error hubiera sido suscitado por el mismo autor mediato o éste se hubiera aprovechado del error en que ya se encontraba el instrumento, hubiera producido él la coacción o aprovechado una situación de coacción (el que logra que alguien se apodere de la cosa ajena haciéndole creer

que es propia o aprovechando la creencia de que es propia, el que logra que otro cometa el delito amenazándolo con quitarle la vida o ejerciendo el mando reglamentario que posee sobre él).

Últimamente, parte de nuestra doctrina ha insistido en una ampliación de las hipótesis de autoría mediata que pueden ser discutibles como tales, y que en todo caso –al menos en nuestro derecho– o se pueden resolver encuadradas en las hipótesis anteriores o nada tienen que ver con la autoría mediata (p.ej., el del juez que dicta una sentencia errónea por haber sido inducido a error por el litigante, perjudicando a la parte contraria, no es un caso de autoría mediata porque la acción estafatoria –engaño– recae sobre él; integra, pues, el círculo de los intervinientes "pasivos" del delito; no es un instrumento de intervención "activa", que es de la esencia de la autoría mediata; el ejecutor doloso de una acción típica que actúa sin el elemento subjetivo "final" del tipo –guiado por un ánimo particular– por otro que sí integra su conducta con ese ánimo, no es un caso de autoría mediata –porque no acciona como instrumento– sino que se resuelve a través de los principios de la "comunicabilidad" que después estudiaremos).

Haremos hincapié en dos casos de ampliación de la autoría mediata, que no sólo han sido propuestos por nuestra doctrina sino que han pasado a integrar –aunque en escasa medida– el elenco jurisprudencial argentino. El primero es el del "instrumento" que obra *dentro de un aparato de poder*; se ha terminado sosteniendo que en esos casos el ejecutor (subordinado que obedece la orden), sabiendo que si él no actúa, lo hará otro (fungibilidad) es reprochable penalmente por su obediencia al superior, que no deja de ser por ello autor mediato; si llegamos a la conclusión, como lo hemos hecho, de que la obediencia debida, cuando es tal, presupone un caso particular de coacción, con rasgos propios, esta hipótesis o se resuelve por las reglas comunes de la autoría mediata o se trata de un caso de doble responsabilidad penal, que se da mediante una coautoría o la conjugación de autoría con complicidad.

Relacionado en parte con la anterior cuestión se presenta la hipótesis del autor mediato que obraría como tal por intermedio *de quien obra justificadamente* (p.ej., en cumplimiento

del deber). Tal solución vendría impuesta por razones de coherencia para quienes extienden de modo absoluto los efectos del *carácter personal del injusto* (tesis válida para la estructuración finalista de la teoría del delito), pero choca con el principio de la unidad de la antijuridicidad como dato predominantemente objetivo: una acción es o no antijurídica; no puede serlo para un partícipe y no serlo para otro, puesto que la antijuridicidad depende de la ilicitud del ataque que sufre el bien jurídico; por tanto, en estos casos, la obra del ejecutor o es putativamente justificada (error sobre la justificación), o se trata de la aplicación de la obediencia debida o, si falta el error o esta forma de coacción, mediará, como en la hipótesis anterior, un caso de responsabilidad penal compartida.

§ 357. ***Noticia sobre el panorama de la autoría mediata en la doctrina penal contemporánea.*** – Decíamos que la teoría del dominio del hecho ha extendido grandemente los casos de autoría mediata, aunque mejor dicho, lo adecuado sería sostener que los ha variado, porque si bien considera la existencia de la figura en algunas hipótesis novedosas, la ha quitado en algunas tradicionales. Ello es lógico, puesto que casos de autoría mediata sólo pueden presentarse, en esa teoría, cuando el autor mediato no deja de dominar el hecho con relación a su instrumento. En la exposición vamos a dejar de lado una eventual clasificación de las hipótesis tal como la traen los que elaboran la autoría con dicha teoría (como puede ser la de Bustos Ramírez, que distingue la autoría mediata por el dominio único sobre el injusto y la autoría mediata por dominio superior sobre el sujeto), para considerar las hipótesis tradicionales y luego ingresar en las que se plantean al margen de ellas.

En cuanto al *instrumento inimputable*, se sigue reconociendo como caso de autoría mediata, siempre y cuando se pueda afirmar que el instrumento careció del dominio del hecho; si esto no ocurre se plantea como hipótesis de inducción (instigación) a partir del principio de la accesoriedad limitada de la participación, lo cual puede aparecer como hipótesis legal (ante la no exigencia de la accesoriedad externa; así Bustos Ramírez respecto del Código Penal español): cabe, pues, también, "la instigación punible de un autor inimputable".

En cuanto al instrumento que la doctrina tradicional califica de *inculpable*, se distingue: con referencia a los casos en que el instrumento obra por error, si se trata de un error de tipo –que, recordemos, para los finalistas excluye la tipicidad– aparece

como doctrina común la consideración de esos casos como de autoría mediata; si se trata de un error de prohibición inevitable, la mayor parte lo admite como caso de autoría mediata; siendo dicho error evitable –sin perjuicio de la responsabilidad propia del ejecutor por el delito culposo respectivo–, algunos consideran que pueden darse asimismo casos de autoría mediata (ver Bacigalupo). En los de coacción (amenazas, estado de necesidad exculpante), al parecer se impone el principio de que como el que obra coaccionado lo hace con dolo, sigue teniendo el dominio del hecho, por lo cual el "inductor" no pasa a un autor mediato (Kaufmann), aunque si la coacción alcanza cierto grado de intensidad (Roxin: "coacción irresistible", "miedo insuperable"; Bustos Ramírez), puede el ejecutor haber perdido el dominio del hecho y presentarse un caso de autoría mediata. En cuanto a la *obediencia debida*, parece ir desapareciendo como supuesto de autoría mediata en las nuevas corrientes doctrinarias: la autoría mediata se deja para el caso en que el ejecutor, por obrar en cumplimiento del deber, lo haría justificadamente (lo que más adelante veremos), pero se reduce hasta extinguirse precisamente en aquellas esferas en que tradicionalmente se la había invocado, a causa de la pujanza que va teniendo (sobre todo entre nosotros y pese a que no se corresponde con nuestra legislación), la tesis de Roxin sobre el "instrumento" que obra dentro de un *aparato de poder organizado*, donde, por la consideración de la "fungibilidad" del ejecutor, se sostiene la responsabilidad del superior como autor mediato coetáneamente con la responsabilidad penal del ejecutor por la ejecución de la orden que constituye delito.

Zaffaroni marca el ápice del cambio, insertando la figura del determinador. En todos los casos en que la doctrina indica al determinado como instrumento porque está ausente la imputabilidad o la reprochabilidad de la conducta, él considera que tales circunstancias no dan al determinador el dominio del hecho y, por tanto, éste no puede ser presentado como autor mediato; es el determinado el que sigue poseyendo dicho dominio, con lo que no deja de ser autor (inimputables, autores en estado de necesidad exculpante o que actúan en supuestos de error de prohibición); pero la figura del determinador (no del autor mediato) sigue cubriendo esas hipótesis aunque el determinado carezca del dominio, pues siempre el determinador actuará sin él, ya que sólo puede actuar contando simplemente con la probabilidad de que el eventual determinado actúe como él se lo ha propuesto.

Brindando soluciones, Zaffaroni considera que cuando el determinador actúa con un fundamento jurídico serio de que el determinado obrará de acuerdo con su proposición y éste no lo

hace, será un caso de tentativa (comienzo de ejecución); o –si ello no es así– sólo habrá una determinación punible como instigación. La autoría mediata se reduce pues al instrumento no doloso, que cumple con un deber jurídico o que actúa justificadamente.

Porque para esta doctrina, como ya hemos adelantado, es caso de autoría mediata el de quien actúa antijurídicamente por medio de quien *lo hace justificadamente* (o, en general, instrumento que obra de acuerdo a derecho). En realidad, ya expusimos nuestra crítica porque todos los casos que se piensan como ejemplos (el del juez engañado, el del funcionario que priva de libertad a causa de una falsa denuncia) aparecen como supuestos de autoría directa (como en el caso del juez) o de error (como en el del funcionario) que para los finalistas se tratarían de verdaderos errores de tipo.

Por fin, también se habla del *instrumento no calificado* en los delitos propios o especiales y del que *obra sin el elemento subjetivo requerido por el tipo* con un "incitador" que posee la calificación y es guiado por el elemento subjetivo, como de posibles casos de autoría mediata, aunque no parece que tal opinión tenga aceptación, como lo veremos a continuación.

§ 358. ***AUTORÍA MEDIATA Y LOS DELITOS PROPIOS O ESPECIALES Y DE PROPIA MANO.*** – Los *delitos de propia mano* no aceptan la autoría mediata, pues en ellos, como vimos, el "ejecutor" (material), es decir el "realizador del tipo", tiene que coincidir necesariamente con el autor (p.ej., autor de la violación sólo puede serlo quien accede carnalmente a la víctima).

El problema que plantean estos delitos cuando alguien induce al ejecutor incapaz de culpabilidad, o inculpable por otras causas, a llevar a cabo la acción típica de un delito de propia mano, es el carácter que puede asumir la punición de quien, en otro caso, podría ser autor mediato. Las soluciones aportadas no son de ningún modo coincidentes y todas son susceptibles de ser criticadas; aparentemente no pocos han pensado en una instigación y últimamente (al menos en nuestra doctrina) en la complicidad por parte del "inducidor". Con nuestra legislación se solucionaría parcialmente la cuestión en aquellos casos en que ha mediado una coacción propia (amenaza) del "inducidor" respecto del ejecutor, puesto que podrían quedar cubiertos por el tipo especial de coacciones (art. 149 *bis*, párr. 2°, C.P.); cuando lo que el "inducidor" –que en otro caso sería au-

tor mediato– logra por parte de otro es la realización de un delito de propia mano coaccionándolo, no serían aplicables ni las reglas de la instigación ni las de la complicidad, sino aquel tipo penal (cuya subsidiariedad no operaría en el caso).

Recordemos que la cuestión se debatió sobre un caso real que ha sido recurrentemente invocado: el de la celestina de Hamburgo, que ocultando al cliente la calidad de hermana de él de la prostituta con quien yace le hace cometer incesto (punible en el derecho alemán de la época); es indudable que no se trata de un caso de autoría mediata, porque el carácter de propia mano del delito lo impide; se pensó entonces en solucionarlo por medio de la figura del instigador, pero para que ella exista es indispensable que el instigado actúe culpablemente (determinado), lo que aquí no ocurre. Entre nosotros Núñez piensa, en esos casos, en la complicidad; esa solución, en principio aceptable por el criterio de accesoriedad limitada, es viable en nuestro derecho (p.ej., el caso del que mediante engaño logra que el soldado abandone el servicio) siempre que se den actos de cooperación que respondan al principio de exterioridad, pero cuando éstos falten, si bien la punibilidad, como vimos, puede quedar habilitada en los casos de coacción por el tipo autónomo del art. 149 *bis*, párr. 2°, C.P., no creemos que sea posible reconocerla en los casos de error.

Problemas de magnitud similar plantean los *delitos propios o especiales*. El principio es que el autor mediato, para ser considerado como tal en un delito propio o especial, tiene que reunir los caracteres que el tipo exige en su autor; es en él y no en el instrumento en quien deben concurrir "las características personales típicas" (Núñez). Se admite, por tanto, como autor mediato del delito propio, al que, poseyendo las características autorales del tipo, hace actuar a quien no las posee: el funcionario que tiene la administración de los caudales públicos, puede hacer actuar a otro funcionario que no la posee y así ser autor mediato de malversación (art. 260, C.P.); o al que poseyendo las características antes indicadas, hace actuar como instrumento a otro que también las posee; un médico puede lograr que otro médico otorgue un falso certificado médico (art. 295, C.P.) y así colocarse como autor mediato de dicho delito.

Lo conflictivo se da cuando es el autor mediato el que no posee las características de autor, que sí tiene el ejecutor instrumental (quien no es funcionario público que logra hacer "malversar" a quien lo es).

En nuestra legislación, creemos que se resuelve del mismo modo que en los delitos de propia mano: o la impunidad, o en los casos correspondientes por la vía de los delitos contra la libertad, o la complicidad si el que carece de las características cumple con el principio de exterioridad.

Zaffaroni resuelve los problemas acudiendo a la figura del "determinador". En verdad para la *teoría de la acción final* éstos tendrían que ser problemas prácticamente insolubles: el ejecutor poseedor de las calidades de autor actuaría atípicamente; y el tipo tiene que completarse con la subjetividad de un autor mediato, que no lo es por carecer de dichas calidades. Para la teoría del dominio del hecho el "inducidor", que es el que obra con dolo y libertad, no puede ser "autor" (ni por tanto, autor mediato), por no estar típicamente calificado como autor. Los esfuerzos que se han realizado para superar el dilema sin salir al paso con una figura novedosa de partícipe han sido ingentes: Gallas, por ejemplo, sostiene que en tales casos el "inducidor" tendría el dominio sobre el hecho como totalidad, aunque no tenga dominio sobre el que lo ejecuta (p.ej., en los casos de error del ejecutor), con lo cual, al fin, podría llegarse a admitir la autoría mediata.

Bacigalupo –del que ya hemos visto que rechaza toda posibilidad de autoría mediata en los delitos que están constituidos por la infracción de un deber–, propone distinciones de gran complejidad, partiendo de que los delitos propios o especiales son, precisamente, delitos de infracción de deberes, en los cuales el único que puede ser autor es el sujeto que está obligado a observar el deber: si se trata de un deber jurídico y el tipo se agota en la descripción del deber o "capta sólo una forma determinada de violación del deber", es el "inducidor" el que domina el hecho y siendo él titular del deber es autor directo, no mediato; si se trata de un deber no jurídico, también ocurre lo mismo, porque el ejecutor tiene el dominio sobre su acción, pero el dominio de la "acción de infracción al deber" lo sigue ostentando el inducidor que, por tanto, sería autor directo con la eventual complicidad del ejecutor no calificado. Tales distinciones son evidentemente heterodoxas dentro de la misma teoría del dominio del hecho y, obvio es señalarlo, inaplicables según nuestro concepto de autor.

§ 359. ***AUTORÍA MEDIATA EN LOS DELITOS QUE REQUIEREN ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO.*** – Prácticamente, los mismos problemas y parciales soluciones (aunque se prefiere lograrlas desde el punto de vista de la instigación entre los particulares del dominio del hecho) plantean aquellos delitos en que el ejecutor no actúa con

el elemento subjetivo típico y sí lo hace el "inducidor", a los cuales ya nos hemos referido.

§ 360. ***EXTENSIÓN DEL CONCEPTO DE AUTOR EN LA LEY ARGENTINA. COAUTORES COMO AUTORES PLURALES.*** – Según el concepto de autor que consideramos legalmente acuñado por el art. 45, C.P., con la complementación de los arts. 46 y ss., C.P., es autor el que, no siendo simplemente cómplice, *toma parte en la ejecución del hecho* realizando la acción típica. Pero "tomar parte en la ejecución del hecho", no es exactamente igual a "ejecutar el hecho típico": cuando la acción típica es susceptible de realizarse conjuntamente por varios o "divisible" entre varios, todos ellos pueden tomar parte en el hecho, aunque alguno no llegue a realizar todas las condiciones que signifiquen ejecutar el tipo en su totalidad: ejecuta el hecho típico de violación el que acceda carnalmente a la víctima forzada, pero toma parte en la ejecución –y sin ser cómplice porque cumple con una condición indispensable de la misma acción típica– el que inmoviliza a aquélla para permitir que el otro la acceda. En otras palabras, dentro del concepto legal de autor, también puede quedar comprendido el coautor.

Desarrollando la figura podemos reconocer que la coautoría en nuestro régimen legal puede asumir dos sentidos: como pluralidad de autores que ejecutan en común la acción típica (total), como ocurre en el hurto de un contenedor con dos asas, en que un agente toma una y el otro la otra, o como participación en sentido específico en la acción de un autor, tomando parte en la ejecución con una actividad (u omisión) que es la que hace que la acción de aquel autor ingrese en el tipo, lo cual ocurre en delitos en los que el coautor puede realizar una parte del tipo sin constituirse en autor como ejecutor de la acción expresada por el verbo principal (p.ej., el que presta sus hombros para que el autor del hurto escale el tapial en un hurto con escalamiento –art. 163, inc. 4°, C.P.–) o en delitos en que, si bien la acción típica puede ser realizada por una sola persona, a la vez otras pueden aportar una condición característica para que aquélla sea realmente típica (en el ejemplo ya expuesto, ejercer fuerza sobre la víctima para que otro la acceda carnalmente, ya que faltando esa fuerza no se estaría ante el delito de violación –art. 119, inc. 3°, Cód. Penal–).

La coautoría como mera autoría plural no plantea otras dificultades que las propias del concepto de autor, pero sí las plantea –e ingentes– la coautoría como participación específica en cuanto, como veremos, hay cómplices que también pueden "tomar parte en la ejecución del hecho".

§ 361. *FIGURA DEL COAUTOR EN LA DOCTRINA PENAL CONTEMPORÁNEA.* – La generalidad de la doctrina parece reducir la figura del coautor a los casos de autoría plural. La coautoría es autoría, exclusivamente autoría, por lo cual el coautor tiene que poseer las calidades y actuar con los elementos subjetivos requeridos por el tipo (Bacigalupo). Fuera de los casos de "coautoría sucesiva o accesoria" (coautoría sin convergencia intencional), se insiste en que en la coautoría, lo que se da es un "acuerdo de distribución de las labores a cumplir respecto de la realización del hecho" (Bustos Ramírez). Según la teoría del dominio del hecho los coautores la ejercen en *co-dominio*, que no es sino el "dominio funcional del hecho", lo que ocurre "cuando el aporte al hecho que cada uno hace es de tal naturaleza que, conforme al plan concreto del hecho, sin ese aporte el hecho no podría haberse realizado", nos dice Zaffaroni, que presenta la coautoría como "limitación legal al principio de dominio del hecho".

Por el contrario –aunque con particular referencia al derecho argentino–, Núñez limita la noción de coautor a la de "coautor partícipe", considerando que es a ellos a los que se refiere el art. 45, C.P., al requerir que *tomen parte en la ejecución del hecho*; para él *toma parte* (como coautor) en dicha ejecución "no quien realiza todos los actos de consumación que el tipo exige, pues en este caso sería *autor*, sino el que cumple alguno o algunos de estos actos", es decir lleva a cabo "una parte" de los actos constitutivos de la misma conducta típica, a diferencia del cómplice, que da un aporte "que sólo se vincula externamente como ayuda" con la conducta típica. Parecería, pues, que para Núñez, la versión legal del art. 45, C.P., sólo puede ser referida a los coautores, cuando en realidad ello comprende también a los autores, según hemos visto.

En orden al derecho argentino y sobre el citado art. 45, Bacigalupo expone otra idea: lo que éste significa es que son coautores quienes durante la ejecución del hecho prestan al autor o autores una cooperación sin la cual el hecho "no habría podido cometerse", lo que se estimará según los diagramas de la *condicio sine qua non*; pero admitamos que esta última expresión de la ley se refiere sólo a los que "prestan al autor" auxilio o cooperación, o sea a alguien que no es autor y no puede ser coautor en cuanto al mismo se lo considere pura y exclusivamente como autor.

Bien es verdad que la letra del art. 45, C.P., parece dejar fuera a los autores, pero recordemos que este artículo y los siguientes, en su conjunto, son los que nos permiten alcanzar la noción legal de autor.

3) Participación específica

§ 362. *La coautoría como participación.* – De lo que hemos dicho se infiere que la coautoría como participación en sentido específico o restringido, tiene que poseer las características generales que corresponden a la participación del cómplice según se explicarán más adelante. De acuerdo con ellas el coautor tiene que intervenir en un hecho común con el autor, que objetivamente sea el mismo (no hay coautoría en la violación por parte del que simplemente privó de libertad a la víctima –sin pretender otra cosa–, situación que es aprovechada por otro para accederla carnalmente –art. 119, inc. 2°, C.P.–) y tiene que querer aportar su acción a dicho hecho y no sólo querer otro hecho independientemente.

Como lo hemos adelantado, la diferencia que se da entre este particular coautor partícipe y el cómplice del cual se pueda decir que ha intervenido, en la ejecución, es que aquél contribuye al hecho con una actividad que conforma una circunstancia característica de la misma acción típica y que es jurídicamente indispensable para que la misma acción del autor aparezca como típica (el despliegue de la fuerza o la intimidación que convierte el acceso carnal del autor en violación, el acto de exhibición sexual en la promoción de la corrupción procurada por el autor, la exhibición del documento falso con que el autor de la estafa engaña a un tercero, la remoción con fuerza de obstáculos que se oponen al apoderamiento de la cosa para que el autor cometa el robo, etc.); el cómplice, en cambio, aun interviniendo en el contexto (temporal y espacial) ejecutivo, no realiza un aporte de tal calidad (el que entrega la soga para que el autor de la violación inmovilice a la víctima; el que en el momento en que el estafador enhebra el engaño, le alcanza el documento falsificado para que aquél lo exhiba; el que suministra al autor del robo en el momento del hecho la palanqueta para que remueva el obstáculo que dificulta el apoderamiento de la cosa).

Una parte de nuestra jurisprudencia no pone cuidado en esta distinción y trata como coautoría un amplio sector de cómplices por la sola circunstancia de que el aporte lo realizan en el mismo contexto del hecho. Y no poca doctrina ha seguido esta idea sin advertir que se puede intervenir en el hecho sin aportes típicos que conviertan al partícipe en coautor.

No es éste, ni mucho menos, un criterio general. La coautoría como participación en sentido específico es aceptada por algunos –en ciertos doctrinarios en forma excluyente, como vimos–; para quienes parten de un concepto restringido de coautoría como simple autoría plural aquello es inaceptable: el que pone una actividad que conforma una circunstancia de la tipicidad pero que "no cumple el verbo típico" (Zaffaroni), no puede ser más que cómplice.

Por supuesto que no puede haber coautoría –por más principal que sea el aporte– cuando la actividad del partícipe se cumple durante los actos preparatorios, puesto que falta la intervención en la ejecución (en los actos ejecutivos) que, como vimos, es requisito indispensable de la coautoría como participación; en esos casos sólo se puede pensar en la complicidad.

Tanto la coautoría de carácter propiamente autoral, como la coautoría participativa, pueden asumir la forma de *coautoría sucesiva* que se da en los casos en que, habiendo comenzado un autor la acción típica, cuando todavía no ha ocurrido la consumación, o cesado ella en los delitos permanentes, recibe el aporte coautoral (p.ej., coautor que refuerza el engaño ya montado por el autor con un documento falsificado, antes que se produzca la dación perjudicante en la estafa, coautor que refuerza la intimidación del autor que retiene a una mujer con miras deshonestas en el rapto –art. 130, Cód. Penal–). Pero no es coautor sino *autor sucesivo* el que sigue asumiendo la acción típica por sí mismo (p.ej., el que se encarga de la custodia del privado de libertad en ausencia de quien inicialmente realizó la acción de privación).

§ 363. ***Participación por complicidad.*** – Puede decirse que *cómplice* es el interviniente activo en el delito que –según la terminología de la ley– presta al autor un auxilio, cooperación o ayuda que no importa la concreción de un elemento o condición de la acción típica; su acción queda fuera del tipo,

éste se *extiende* para abarcarla con su punibilidad por su carácter de contribución a la acción típica del autor.

Se dice por eso que la participación es un "tipo de referencia", porque su punibilidad depende de la conexión de la acción del partícipe con una acción punible de un autor "distinto del partícipe".

En cuanto al *momento* de la acción que convierte al sujeto en partícipe por complicidad, puede darse antes de la ejecución del hecho (en los actos preparatorios), en el contexto de ejecución interviniendo en ella con actos de suyo no integrativos de la acción típica, como hemos visto (la afirmación contraria no es apoyada por nuestra ley), o después de la consumación –en la etapa de agotamiento–, siempre que su actividad contributiva haya sido prometida por él antes de la consumación, es decir con anterioridad al comienzo de la ejecución o durante el transcurso de la ejecución. Tal es el esquema legal de complicidad que surge de los arts. 45 y 46, Cód. Penal. Por ello hablar de *complicidad sucesiva* es una forma de referirse a la última de las hipótesis enunciadas.

§ 364. ***Principios básicos que rigen la complicidad.*** – Son dos fundamentales: el de accesoriedad y el de exterioridad.

El *principio de accesoriedad* requiere que la acción del cómplice esté referida al hecho del autor. Se dice, pues, que tiene que mediar una "comunidad de acción" en el sentido de que la actividad u omisión del cómplice debe constituir un aporte al hecho del autor. Tal comunidad de acción se manifiesta en tres planos distintos, los que deben conjugarse para integrar la complicidad.

En primer lugar, la comunidad de acción tiene que aparecer como *circunstancia objetiva*: la acción del cómplice tiene que constituir un aporte que ingrese efectivamente en la mecánica causal del delito (no hay complicidad si un sujeto, queriendo contribuir al robo que perpetrará otro, fractura una ventana para que él penetre por allí, pero el autor lo hace violentando una puerta; ya veremos, con relación a este ejemplo, que no existe una "tentativa de participación").

La doctrina moderna menciona, con relación a este tema, que el aporte del cómplice tiene que ser *co-causal*, aunque se aclara que no en un sentido de condición causal equivalente, sino de conformidad con la teoría de la imputación objetiva (que,

como hemos dicho, en su fundamento termina reduciendo la causalidad natural a los términos de la causalidad típica); por ello, quienes niegan la causalidad de la omisión, admiten a ésta como soporte del cómplice "cuando ha tenido por efecto facilitar la omisión del hecho" (Bacigalupo).

En segundo lugar, la comunidad de acción tiene que estar presente en el cómplice como *circunstancia subjetiva (convergencia intencional)*: tiene que querer contribuir a la acción del autor (no es cómplice del hurto cometido por el autor el que, para causar un daño, quitó la llave que estaba colocada en la puerta de la vivienda, arrojándola a la calle donde aquél la encontró).

En tercer lugar, se puede hablar de la comunidad de acción como *circunstancia jurídica*; este aspecto de la comunidad se consolida –en base a los dos anteriores– en la querida realización del aporte de complicidad para que se inserte en el mismo modo de ataque al bien jurídico que realiza el autor (en el mismo injusto típico, según la moderna nomenclatura). Así, habrá complicidad cuando el sujeto realice un aporte querido para el hecho de hurto que el autor lleva a cabo; también habrá complicidad cuando el sujeto realice un aporte querido para un hecho de hurto del autor, aunque éste realice, en vez de un hurto, un robo (aunque ello plantee un problema de límite de responsabilidad de la complicidad, como veremos), ya que en ambos casos el bien jurídico se ataca mediante un apoderamiento ilegítimo; pero difícilmente se podrá admitir complicidad cuando el aporte del sujeto estuvo dirigido a un hecho de estafa del autor y éste comete un hurto. En otras palabras, la convergencia a que responde el aporte no exige coincidencia en cuanto al tipo-figura específico, pero sí en cuanto a la acción básica común a distintos tipos.

De más está decir que *convergencia* no significa acuerdo: se puede ser cómplice del autor que ignora el aporte de complicidad (cómplice que deja la puerta sin llave para facilitar el hurto sin comunicarlo al autor).

La comunidad de acción como circunstancia objetiva indica que la responsabilidad penal del partícipe sólo puede surgir cuando el hecho ha entrado, por lo menos, en vía de ejecución (tentativa), aunque el aporte se haya realizado durante la preparación. Este tema y las dificultades que en ese orden puede plantearnos la complicidad por "ayuda prometida", se estudiarán con relación al principio de exterioridad.

En relación a la comunidad de acción en sus repercusiones objetivas y jurídicas, se señalan en la evolución de la doctrina penal tres teorías: según la teoría de la *accesoriedad mínima* bastaría con que el autor hubiera realizado un hecho penalmente típico (formalmente típico) para que el aporte convierta al sujeto que lo realizó en cómplice penalmente responsable, por lo que, se dice, la complicidad en un hecho formalmente típico pero no antijurídico, podría dar lugar a la punibilidad del cómplice, con lo cual al fin (como opina Zaffaroni), se desembocaría en la punición autónoma de la participación (como delito en sí mismo). Según la teoría de la *accesoriedad limitada*, el aporte significa complicidad punible cuando el autor realiza un hecho típicamente antijurídico, aunque no pueda sostenerse que actuó culpablemente.

Según la teoría de la *accesoriedad extrema o máxima*, sólo ocurre aquello cuando el autor ha realizado un hecho típicamente antijurídico y culpable; con lo cual quedan fuera de la complicidad punible los aportes al hecho típico y antijurídico de menores o en general inimputables; sin perjuicio de que ello podría importar una especie de "participación en la culpabilidad del autor", entre nosotros es contradictoria la regla del art. 48, C.P. (Zaffaroni). También se habla de una *hiperaccesoriedad* (Bacigalupo), en que los atenuantes o agravantes del autor incidirían sobre la punibilidad del cómplice.

Aun sin cambiar la sistemática del delito (incluyendo un dolo natural en el tipo) en nuestro derecho, en virtud de las limitaciones establecidas por los arts. 47 y 48, C.P., es admisible la prevalencia de la teoría de la accesoriedad limitada: se puede ser cómplice sin consideración a la culpabilidad del autor. Aunque no vemos la razón de otras consecuencias que se asignan a esta circunstancia, como la de que ella, por sí, permitiría descartar "cualquier pretensión de fundamentar en nuestra ley la punición de la participación en la mera contribución a la causación del resultado" (Zaffaroni), lo que pertenece a distinto plano.

El *principio de exterioridad* requiere que se conjuguen dos circunstancias: la manifestación (objetivada en el mundo exterior) de la acción del autor mediante actos de ejecución (que, como mínimo, hayan alcanzado la etapa de la tentativa) y que la complicidad se haya revelado con un aporte también objetivo, aunque éste no tiene que ser de carácter material (puede tratarse de una complicidad intelectual: informes, planificación, etc.); por eso, la *ayuda prometida* para después de la ejecución, con la que el autor cuenta al ejecutar el hecho, significa un aporte de carácter objetivo (aunque intelectual).

Con respecto a lo primero señálase, como consecuencia, que en tanto es admisible la *complicidad en una tentativa*, no existe una *tentativa de complicidad* (quien suministró la palanqueta para que el autor perpetrara un robo cuya ejecución es interrumpida por la intervención de terceros, será cómplice en la tentativa de dicho delito; pero si el agente decide no llevarlo a cabo y por lo tanto no inicia la ejecución, la prestación de la palanqueta en el contexto de los actos preparatorios no alcanza relieve penal).

Evidentemente, el principio de exterioridad de la acción del autor como requisito de la punibilidad del cómplice es una consecuencia del principio de accesoriedad, puesto que si la participación fuese punida por tipos autónomos nada obstaría a la admisión dogmática de la tentativa de participación, como lo hace notar Zaffaroni, quien encuentra en el art. 47, C.P. (que sólo da lugar a pensar en el castigo del partícipe en casos de consumación o tentativa del delito por parte del autor), la razón de aquella naturaleza que impide considerar tal figura en nuestro derecho.

Lo segundo requiere la revelación de la complicidad en el mundo exterior, es decir, que no quede reducida ni al mundo de las ideas del cómplice, ni al mundo de las ideas del autor; el simple compromiso del agente de actuar como cómplice de la ejecución del hecho no constituye complicidad; aun la promesa de ayuda posterior a la consumación que no se transforma en acto objetivo, no constituye complicidad según los arts. 45 y 46, C.P., aunque el autor los haya tenido en cuenta para actuar. El partícipe debe *actuar* u *omitir* con trascendencia en la esfera de la realidad (si bien alguna vez se habló de "participación sin acción", sobre todo para referirse al autor que en el caso de pluralidad no alcanza a realizar actos "ejecutivos" porque otro se le adelanta –p.ej., dispara primero dando muerte a la víctima–; trátase de una expresión figurada porque en esos casos o hubo acción –intervención en el ataque– o no hubo acción de ninguna clase, y no se intervino en el delito, como pasa con el que se negó a atacar).

Nuestra ley describe tres modos de aportes objetivos del cómplice. Los dos primeros constituyen contribuciones prestadas al autor para que ejecute el delito (prestación de elementos, preparación del contexto en que se va a insertar la acción típica, datos, planes, etc.) y pueden constituir una *coo-*

peración cuando el aporte fue acordado, o un *auxilio*, cuando, sin habérselo acordado, el cómplice lo prestó por propia iniciativa para contribuir al delito del autor. La tercera es una forma de cooperación con la que no se contribuye propiamente a la ejecución del delito (aunque, como vimos, tiene influencia en ella desde el punto de vista de la actitud del autor), sino que constituye una *ayuda posterior* a la ejecución en cumplimiento de una *promesa anterior* a la finalización de ella, pero, aun en este caso, como se dijo, la simple promesa no es lo que constituye al sujeto en cómplice –al menos en nuestro derecho–, porque se adquiere esa calidad cuando la ayuda prometida es efectivamente prestada: nuestro *auxiliador "subsequens"* es partícipe cuando, después del hecho, realiza realmente el aporte prometido; de lo contrario su intervención no pasa de ser una tentativa de complicidad impune; sobre lo cual volveremos más adelante.

§ 365. ***Especies de cómplices.*** – Nuestra ley, como otras, distingue el *cómplice primario* (también llamado por algunos *necesario*) del *secundario*, que se diferencian, en principio, por el carácter –o si se quiere "valor"– del aporte. El primero contribuye con su aporte a la ejecución del delito, que tiene que ser de tal naturaleza que, sin él dicho delito "no habría podido cometerse" (art. 45, C.P.); esta expresión de nuestra ley se interpreta en el sentido de que, eliminando el aporte, si bien el delito se podría igualmente haber perpetrado, no se habría cometido tal como se lo cometió (en sus formas, modalidades, mecánica causal, etc.) (Núñez).

De tal manera será cómplice primario el que alcanzó al autor el arma de fuego con la que dio muerte a la víctima; el que colocó la escalera que le permitió escalar el muro al autor de un hurto con escalamiento. No lo será, por el contrario, el que condujo en su automóvil al homicida al lugar donde aguardó a la víctima para darle muerte, o el que se colocó de campana para impedir que el escalador fuera sorprendido.

La doctrina que sigue la tesis del dominio del hecho ha tenido –al menos entre nosotros– una repercusión francamente restrictiva de las hipótesis de complicidad primaria. Zaffaroni, por ejemplo, las reduce a los casos en que el cómplice "hace un apor-

te necesario para la ejecución del plan concreto del autor", cuando dicho cómplice "no puede ser autor" por tratarse de un delito propio o especial o de un delito de propia mano, o cuando dicho aporte fue realizado en la etapa preparatoria. Tal restricción puede responder a la teoría del dominio del hecho, pero no es propia de nuestra ley. Para Bacigalupo la restricción en cuanto al momento del aporte (sólo cuando realice el aporte en la preparación del hecho y no en la ejecución), surgiría de su particular interpretación del art. 45, C.P., en cuanto a la figura del coautor. Para nosotros el cómplice primario puede realizar el aporte *en* la ejecución del hecho, es decir en su transcurso, sin por eso dejar de ser cómplice cuando su acción (u omisión) constituyó un aporte "externo" a la acción típica –que no integra la esfera de la tipicidad–; en este sentido sería correcto distinguir lo que significa *tomar parte en la ejecución* (actividad propia de autor o de coautor) de lo que significa *intervenir en la ejecución* (que puede ser actividad de cómplice).

El *cómplice secundario* en nuestra ley es tanto el que realiza un aporte para la ejecución que no tenga la naturaleza del que caracteriza a la intervención del primario, como el que hemos denominado *auxiliador "subsequens"*, es decir, el que presta una ayuda posterior a la ejecución cumpliendo una promesa anterior. En cuanto al primero, el aporte no debe haber sido determinante de la configuración de la acción típica tal como ella se realizó, es decir de la forma, modo o mecánica del concreto delito (o sea, el autor lo hubiese podido realizar igualmente tal como lo realizó aunque no hubiese contado con dicho aporte desde el punto de vista del despliegue del accionar típico: p.ej., el que rompe la lámpara que ilumina una puerta para que el autor del hurto con llave falsa trabaje con tranquilidad). En cuanto al segundo se advierte que la promesa tiene que ser de tal carácter que pueda haber sido tenido en cuenta por el autor en la medida indispensable para que ella integrase, al menos en parte, la motivación de su actuar (en cuanto a su *seriedad* –posibilidad física– o *utilidad* –adecuación instrumental al delito ideado–), y, como vimos, el prometido aporte *ex post* tiene que haber sido efectivamente realizado (si falta la promesa anterior, la ayuda posterior sólo podrá ser perseguida por encubrimiento –art. 277 y ss., C.P.–; si falta la efectivización del aporte prometido la conducta no irá más allá de una tentativa de participación, como tal impune en nuestro derecho).

Indudablemente, cuando Bacigalupo anota en su *Manual* que si la promesa anterior "no tuvo incidencia en el hecho no habrá complicidad, pero si la tuvo habrá complicidad aunque no se cumpla", no se refiere a nuestro derecho.

§ 366. ***RESPONSABILIDAD PENAL DEL PARTÍCIPE.*** – Según la ley argentina, el coautor y el cómplice primario tienen la misma pena que el autor (art. 45, C.P.) y el cómplice secundario una pena disminuida (art. 46, C.P.), aunque hay que señalar que, en ocasiones, se determina una pena igual a la del autor para ciertos intervinientes "activos" en el delito, aunque se los pueda catalogar como cómplices secundarios (p.ej., art. 133, Cód. Penal). Estos principios de punibilidad se traducen después en disposiciones específicas que toman en cuenta la entidad de la culpabilidad (dolo) del partícipe y las circunstancias personales de agravación o atenuación. Sobre lo primero el art. 47, C.P., dispone que "si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar". El *exceso del autor*, con referencia al delito que tuvo presente el partícipe, no es atribuible a éste. Como se trata de un principio consagrado en orden a la determinación de la pena del partícipe en sentido estricto, el hecho de que la disposición legal se refiera al "acusado de complicidad" no obsta a que se extienda a los coautores en cuanto partícipes que, aun tomando parte en la ejecución del hecho, pueden haber actuado erróneamente en cuanto al carácter del tipo tenido en cuenta con relación al realizado por el autor (aunque se ha discutido, está fuera del principio el instigador, quien por la propia naturaleza de su participación, queda marginado del exceso del autor).

Por consiguiente, el dolo del partícipe puede circunscribir su responsabilidad a un delito de menor entidad que el cometido por el autor (p.ej., partícipe que quiere contribuir a un hurto cuando el autor perpetra un robo) o puede limitarla a una intervención participativa menos grave que la que en realidad asume en concreto (p.ej., querer contribuir como partícipe secundario, cuando su aporte resultó necesario para la mecánica modal del delito), aunque, en verdad, esta última restricción no surge tanto de la regla del art. 47, C.P., como de la aplicación de la teoría general del error.

Sin embargo, Zaffaroni plantea los casos de error sobre el carácter con que se interviene en el delito (creer que se es partí-

cipe cuando se es autor; partícipe secundario cuando se es primario, etc.), como solucionables en virtud de la regla del art. 47, C.P., aunque esos casos, en verdad, no pueden relacionarse propiamente con el hecho del autor. Para quienes sostienen la posibilidad de extender analógicamente las normas favorables al imputado es por esa vía que se hace extensivo el art. 47, C.P., a partícipes que no son cómplices; Zaffaroni llega de ese modo a hacerle comprender la instigación, aunque como hemos visto, la limitación de responsabilidad en ese caso tiene otra procedencia. Núñez excluye de la limitación a los coautores porque éstos, "tomando parte en la ejecución del hecho, no pueden alegar una intención distinta y menos grave que la correspondiente al hecho cometido"; posiblemente ello sea exacto para la coautoría de autores plurales, más no para la autoría participativa (que es, precisamente, la considerada por Núñez): bien puede ocurrir que el que ejerce fuerza o intimidación sobre la víctima, lo haga pensando en contribuir a un abuso deshonesto cuando el autor perpetra una violación.

Hemos visto que, en muchos delitos se dan condiciones en orden al autor que son notas típicas relacionadas con su persona, ya por hacer mención a sus *relaciones* (cónyuges, ascendientes, descendientes, amigo íntimo, etc.), a sus *calidades* (calidad de funcionario público en el atentado calificado a la autoridad –art. 238, C.P.–), o a las *circunstancias* "personales" en que actuó (estado de emoción violenta), y que funcionan agravando o atenuando la pena con relación a un delito básico o hasta eximiendo de responsabilidad penal.

Cuando constituyen atenuantes (p.ej., arts. 107, párr. 2°, y 81, inc. 1°, *a*, C.P.) o eximentes (p.ej., art. 279, C.P.), las que corresponden al autor o a uno de los partícipes en particular, no se extienden (no favorecen) a los demás, coautores o partícipes; cuando funcionan como agravantes (p.ej., art. 238, inc. 3°, C.P.), las condiciones personales de los autores "no se comunican" (no perjudican) a los coautores o partícipes a quienes no les corresponden, salvo que se trate de condiciones que ellos hayan conocido al actuar o realizar el aporte. Tales son las reglas contenidas en el art. 48, Cód. Penal.

Quedan excluidos de estas reglas los casos en que las condiciones personales del autor fundamentan la existencia de un delito propio o especial, pues cuando el autor reúne las condiciones exigidas por el tipo, nada se opone a la participación en

él de quienes carezcan de las calidades, y la relación de culpabilidad participativa se rige, entonces, por la regla anterior, la del art. 47, Cód. Penal.

Señálase que la primera regla contenida en el art. 48 es una consecuencia del principio de accesoriedad y que la segunda es una admisión excepcional del principio de la accesoriedad máxima, que, por otra parte, se restringe a las condiciones de agravación del delito que corresponden al autor, es decir que no se da tal comunicabilidad cuando la condición corresponde a un partícipe (sobre esta última cuestión ver Núñez). Por otra parte parece doctrina admitida que el art. 48, C.P., sólo regula las condiciones que se refieren a la culpabilidad, peligrosidad y causas personales de exclusión de la pena, pues de lo contrario, si se pretende incluir las que fundamentan la punibilidad, se invalidaría el sistema general que surge de los arts. 46 y 47, C.P. (Zaffaroni).

Es Bacigalupo quien se ha planteado la cuestión con relación a las circunstancias personales que fundamentan la punibilidad. En resumen su proposición es la siguiente: los elementos subjetivos personales que fundamentan una punibilidad menor y que se vinculan al autor, no beneficiarán al partícipe aunque los conociera (*p.ej.*, el fin de ocultar la deshonra hace que únicamente la madre puede ser autora de infanticidio, pero sus partícipes lo serán de homicidio simple; recordemos que sobre esta cuestión nuestro derecho tiene una regla especial). Los elementos fundamentadores de una punibilidad más grave que pertenezcan al hecho y no al autor, pesarán sobre el partícipe sólo si los conoce (p.ej., la alevosía); para nosotros se trata de una aplicación del art. 47, Cód. Penal. En cuanto a los elementos que fundamentan la punibilidad por las calidades del autor, que resolvemos también en función del art. 47, cree Bacigalupo que se trataría de una extensión analógica, por lo cual propone la atenuación de la pena del partícipe aplicando las reglas de la tentativa, aunque haya tenido conocimiento de las calidades del autor, en virtud de una interpretación *in bonam partem*, lo cual consideramos contrario al régimen expresamente consagrado por nuestra ley penal (o sea, que no se da analogía alguna en la aplicación del art. 47).

§ 367. ***Participación por instigación. El sistema legal.*** – En su cláusula final, el art. 45, C.P., dispone la misma pena del autor para el que hubiese "determinado directamente a otro" a cometer el delito. Tal es la figura del *instigador* que, a diferen-

cia del autor mediato, no quiere cometer el delito empleando instrumentalmente a otro, sino que quiere que el otro *cometa* el delito siendo autor de él, insertando un aporte no ejecutivo, sino de motivación, y por tanto, previo: el de instigador. Por eso, la instigación aparece como una particular forma de participación en el delito instigado, que puede ser de cualquier carácter, incluidos delitos propios o especiales y de propia mano.

Sin embargo, a veces la ley autonomiza la instigación para punirla al margen de las reglas de la participación, como ocurre con la instigación al duelo (art. 99, inc. 1°, Cód. Penal).

Otras veces, contempla formas de instigación distintas, que no reúnen las características de la participativa y que por eso castiga como delito autónomo (p.ej., la instigación pública a cometer delitos –art. 209, C.P.– donde falta la "determinación" de un concreto autor), o que se refieren a hechos en sí no delictivos (p.ej., instigación al suicidio, art. 83, Cód. Penal). Todas estas hipótesis están fuera del art. 45, Cód. Penal.

§ 368. *La figura del "determinador", según Zaffaroni, en el derecho penal argentino.* – La doctrina argentina sobre la instigación, salvo con relación a problemas específicos, había sido relativamente pacífica hasta que Zaffaroni, al introducir la teoría del dominio del hecho y enfrentarse con algunos problemas de acomodación en el derecho argentino, tanto con relación a la autoría mediata como a la misma participación, cortó todos los nudos gordianos que entorpecían el despliegue de aquélla, acudiendo a la figura del *determinador*. Exponemos a continuación sus ideas, completando lo que ya se ha dicho sobre ella en distintos lugares.

Para él la regla del art. 45, C.P., que hemos citado, no se refiere al instigador en particular, sino a la determinación en general: la instigación queda comprendida en dicha norma porque es una de las formas de la determinación, pero que no la agota: "Es verdad que el instigador determina a otro... lo que no es verdad [es] que todo el que determina a otro es instigador"; "la instigación es una forma de determinación, pero no es la única". Determinador es también quien se convierte en autor directo al utilizar un instrumento que no realiza conducta (p.ej., empleando violencia física), como quien se coloca en posición de autor mediato. "Tanto determina el que se vale de otro como autor, como el que se vale de otro como instigador, como el que lo hace sin ser autor ni instigador. Este último sólo puede ser penado

como autor de la determinación misma y no del delito que ha determinado". El "art. 45 encierra los casos de autoría mediata: los de autoría directa del que se vale de quien no realiza conducta; los de instigación... y los de quienes determinan sin ser autores ni partícipes, a los que pena como autores de la determinación".

De lo que se ha dicho hasta ahora, pensamos que los casos de autoría directa y mediata se resuelven en nuestro derecho sin necesidad de acudir a la cláusula final del art. 45, es decir, con el sistema general que surge del art. 45 y siguientes. Y en cuanto a la creación de un *delito de determinación*, al que tiene que acudir Zaffaroni por no aceptar ciertas situaciones de impunidad –puesto que evidentemente con la figura del determinador intenta llenar los espacios vacíos que pueden dejar la imposibilidad de admitir la autoría mediata en los delitos de propia mano y en los propios o especiales por parte del autor mediato, que carece de los caracteres del autor–, se nos ocurre que se integra mediante un procedimiento francamente analógico.

§ 369. *La determinación directa en la instigación.* – Determina a otro a cometer el delito el que lo influye psíquicamente persuadiéndolo a que lo cometa o reforzándolo en la idea de cometerlo que ya posee, cuando aún no lo ha decidido por sí mismo. La proyección de la instigación alcanza, por tanto, hasta los actos preparatorios del autor, en tanto ellos no signifiquen una decisión definitivamente adoptada; una vez comenzada la ejecución, la incitación a proseguir en ella no puede funcionar como instigación, sin perjuicio de que, mediando sus requisitos, opere como complicidad.

Se dice que determinar importa tanto como que el autor haya "formado su voluntad de realización como consecuencia directa de la acción del instigador" (Bacigalupo), lo cual ocurre cuando éste engendra la idea en el autor de cometer el delito, o de cometer uno más grave que el que se había propuesto o impidiendo que abandone la idea de cometerlo (Núñez).

El *principio de determinación* requiere dos características fundamentales. En primer lugar, que el delito instigado sea determinado, es decir, que se trate de un delito concreto (matar a Pedro; hurtar esta cosa; dinamitar tal dique); la incitación a "cometer delitos", sin especificarlos concretamente (a matar, a hurtar, etc.), puede eventualmente constituir un delito

autónomo (como ocurría con el art. 209, párr. 1º, cláusula 2ª, en la formulación de la ley 21.338), pero no una instigación participativa.

Se aclara, sin embargo, que "no se requiere una total precisión jurídica del hecho" (Bacigalupo). Habría participación por instigación cuando el autor hubiese realizado el hecho instigado, aunque lo haya hecho con modalidades ejecutivas no previstas por el instigador, pero no bastará (como dice el autor citado) que "la conducta instigada realice el tipo de delito que instigó el instigador", sino que tiene que realizar el concreto delito que se instigó.

En segundo lugar, el sujeto instigado tiene que ser también determinado; cuando no lo es (como ocurre en la fórmula actualmente vigente del art. 209), aunque el delito sea determinado, tampoco se dará la instigación participativa, sin perjuicio de que aparezca un delito autónomo (como el ya citado). Sin embargo, el hecho de que se trate de un sujeto determinado no exige una relación personal inmediata entre el instigador y el instigado: basta con que la acción de instigar esté dirigida a un determinado instigado, por cualquier medio, hasta por un tercero (inculpable, o que a su vez se constituya en instigador) (sobre la cuestión ver Núñez).

Asimismo, la ley requiere que la determinación *sea directa*, lo cual implica, a su vez, otras exigencias. La instigación tiene que estar constituida por actos dirigidos específica y claramente a lograr, influenciando su psiquis, que el instigado cometa el delito por cualquier medio (puede ser verbal o escrito, aun simbólico o gráfico); por ello no basta la mera insinuación, o las sugerencias ambiguas (Zaffaroni), ni siquiera la creación de una situación de hecho que favorezca la opción del sujeto por el delito (Bacigalupo). Además, aquel requisito implica la exigencia de un actuar doloso del instigador; dicho dolo (que sólo puede ser directo –Núñez–), se bifurca hacia dos finalidades: querer instigar y querer que el instigado realice el determinado delito a que se instiga (el instigador que instiga con voluntad de impedir el delito puede asumir el carácter de agente provocador, pero no de instigador). Por esta razón, no cabe el pensamiento de una instigación por culpa.

Se advierte que esta exigencia no impide la consideración de la *participación en cadena*, que se da cuando un sujeto instiga a

instigar o instiga a ser cómplice. En el primer caso, hay una participación en la instigación (que Núñez llama "instigación mediata" y que para Zaffaroni es complicidad en la instigación) y en el segundo la figura del instigador a ser cómplice se trataría como complicidad.

§ 370. ***Principios que rigen la instigación como participación en el delito del instigado.*** – De lo que hemos explicado se infiere que la instigación es una participación psíquica en el delito del instigado; por tanto, también a su respecto se da el *principio de exterioridad*, pero él ya no depende de la acción del partícipe sino de la del autor, es decir del instigado: para que se pueda hablar de participación en el delito éste tiene que haber existido; el instigado por lo menos tiene que haber tentado (comienzo de ejecución) el delito para que el aporte de la instigación pueda ser punido como participación. No es, pues, posible hablar, en nuestro derecho, de tentativa de instigación. Cuando la ley ha querido punir la instigación por sí misma, dispone un delito autónomo (art. 209, Cód. Penal).

En otros derechos aparecen figuras específicas que pueden dar lugar a pensar en una tentativa de instigación punible, como es la "provocación" en el español (ver Bacigalupo).

En cuanto al límite de su responsabilidad como partícipe, el instigador responde en la medida de su culpabilidad, que la da aquello que ha querido del instigado. Cuando éste se ha excedido por encima de lo que era el contenido de la instigación, el instigador no responde por el exceso (el que instigó a robar con fuerza en las cosas no responde por el homicidio *criminis causa* que el instigado perpetró para robar).

Esta limitación surge del contenido conceptual mismo de la instigación (determinación directa) y no de la regla del art. 47, Cód. Penal. Tal limitación se da tanto cuando hay una relación de delito básico o agravado, o de atenuado a básico, como una relación entre delitos semejantes por el bien jurídico protegido (se instiga a cometer una estafa y se comete una extorsión –Bacigalupo–).

Cabe preguntarse qué ocurre cuando el instigador instiga a la comisión de un delito más grave (p.ej., a cometer un delito agravado) y el instigado comete otro menos grave (p.ej., el de-

lito básico de donde se desprende el agravado). El principio de exterioridad indica que el instigador responde en la medida del delito cometido, pues sólo en él ha podido *participar*.

Es ésta una solución de tinte causalista que, sin embargo, es aceptada aun por quienes participan de la teoría final de la acción (conf. Bacigalupo).

§ 371. *Características de la acción del instigador.* – Esta última cuestión nos lleva al tratamiento de la propuesta. ¿Es indispensable, para la instigación punible, que el instigado cometa la acción culpablemente? El principio de accesoriedad limitada nos diría que no; sin embargo, el contenido conceptual de la instigación nos indica que ésta se dirige a que el instigado cometa un "delito"; con todo, ésta es la postura psíquica, intencional, del instigador, que no tiene necesariamente que repercutir en la realidad a través de la acción del instigado. Es instigador –no autor mediato– quien dirigió la instigación a un inimputable que realiza el hecho, sin conocer que es inimputable; también lo es quien la dirigió al que, por error u otra circunstancia, actuó como coaccionado, en tanto estas situaciones no hayan sido provocadas por el mismo agente o él se haya aprovechado de las que conoció, pues en tal caso dejaría de ser instigador para pasar a ser autor mediato.

§ 372. *El denominado "agente provocador". El "delito experimental".* – Es también dentro del cuadro de esta temática donde se inserta la del *agente provocador*: es tal quien representa el papel de instigador pero guiado por la finalidad de lograr que el instigado sea "descubierto" en su accionar delictivo, con el objeto de que sea reprimido por la autoridad.

La generalidad de la doctrina, al referirse a esta hipótesis (denominándola *delito experimental*), considera que el agente provocador no es un instigador punible de lo que puede ser la tentativa del instigado, puesto que no se puede reconocer allí uno de los aspectos del dolo propio de la instigación.

Sin embargo, últimamente (sobre todo entre quienes consideran que el dolo de la tentativa no presenta exigencias especiales –que sea dolo directo–) se insiste en la punibilidad del agente provocador, porque si bien éste determina al provocado con el al-

cance de que su actuar típico no pase más allá de la tentativa, no habiendo diferencia alguna entre el dolo de ésta y la del delito consumado, el dolo de instigación sería penalmente relevante (con lo cual se confunde el planteamiento de culpabilidad del instigado con el de culpabilidad del instigador), fuera de que –se dice– según el principio de accesoriedad limitada, basta para la instigación participativa que el instigado cometa un acto típicamente antijurídico, y la tentativa lo es. Mas si no hay tentativa de un delito en quien no quiere llegar a la consumación de él, o sea, lo que quiere es detener la ejecución antes de completar la acción típica, parece algo exagerado responsabilizar penalmente al instigador que sólo quiere la tentativa del instigado; prácticamente equivaldría a crear un *delito de instigación* de carácter autónomo.

El principio de determinación directa no se cumple con todas sus exigencias respecto del agente provocador. El instigador no quiere "participar" en el delito "del instigado", ya que en todo caso la ineptitud causal –consumativa– de la acción del instigado depende de los propios resguardos puestos por aquél (Núñez). Claro está que quienes consideran que para el dolo de instigación es suficiente el dolo eventual (ver Bacigalupo), si el agente provocador ha tenido presente la posibilidad de que el hecho sea consumado, será penalmente responsable como instigador (Maurach), lo cual no creemos adecuado para nuestro derecho, según lo expuesto precedentemente.

En el fondo, la función del agente provocador como instigador está guiada por una preocupación de política procesal: "la impunidad del agente provocador –dice Zaffaroni– deja libre una forma de investigación del delito harto discutible". Pero el problema tiene solución por otras vías.

§ 373. ***Participación en los delitos de omisión y en los culposos.*** – En principio, se admite la participación en los delitos de omisión, así como en el delito de comisión por omisión participando en esta última, puesto que "quien tiene el deber jurídico de actuar, puede ser instigado o ayudado" a no hacerlo (Núñez) (el empresario que fabula la cesantía de su empleado para que no preste alimentos a su cónyuge; en la omisión de auxilio, quien le facilita un automóvil al omitente para que se retire del lugar donde debe prestar el auxilio; el que facilita el retiro del guía que deja abandonados a los turistas en la alta montaña, etc., pueden ser ejemplos de complicidad *en omisiones* que son las que plantean problemas, que no ofrece la instigación).

También parte de la doctrina admite tipos de participación (coautoría y complicidad, ya que por definición queda excluida la instigación) en delitos culposos, puesto que puede aportarse una cuota de tipicidad (p.ej., alimentar con combustible la máquina a la que el autor le da una aceleración peligrosa), o de cooperación o ayuda en la ejecución (el instructor de conducción que permite al discípulo imprimir velocidad antirreglamentaria al vehículo), que signifiquen convergencia intencional sobre la violación del deber de cuidado. Tal solución conduce, por supuesto, a admitir participación –salvo también la instigación– en los delitos preterintencionales y calificados por el resultado, si media en el partícipe, claro está, la previsibilidad del resultado más grave (conf. Núñez).

Sin embargo, en uno y otro caso se debaten estas soluciones: la participación a todo nivel se rechaza en las omisiones; en cuanto a la instigación porque la disuasión de actuar de acuerdo a derecho ya equivale –se dice– a la "acción típica del delito de omisión", y la complicidad –que tiene que ser activa– sólo sería admisible como ayuda psíquica que colocaría al presunto cómplice en la misma situación. Al primer argumento, ya lo hemos criticado; en cuanto al segundo, algunos de los ejemplos que expusimos muestran que puede haber una ayuda activa para que alguien perpetre una omisión.

Con referencia a la participación en delito culposo, el rechazo de la doctrina contemporánea se afirma, sobre todo, en la teoría del dominio del hecho, que sólo es propia del delito doloso y, por tanto, esta teoría sería la única que admitiría participación al ser el autor dominador y los cómplices "no dominadores"; en el delito culposo, que se rige por el principio causal, todos los partícipes estarían aportando causalidad y, por tanto, todos son autores. Estos argumentos no son válidos fuera de aquella teoría, y no tienen presente que la culpa y el dolo se tocan, aunque fuera del tipo, cuando se plantea la voluntad de accionar u omitir en violación del deber de cuidado.

B) El "iter criminis". Problemas de la tentativa

§ 374. *Etapas del delito.* – La realización del delito se despliega en un proceso general que –conceptualmente– consta de pasos o etapas: ideada y decidida su realización (etapa interna), el agente pone en obra la decisión (etapa externa), prove-

yéndose en primer lugar de los medios instrumentales o colocándose en la situación que considere adecuada para llevarla a cabo (actos preparatorios); comienza después a ejecutar la obra delictiva (ejecución), hasta que llega a completar en su totalidad la acción descripta en el tipo, con todos sus efectos (consumación), y con ello puede lograr el objetivo que se había propuesto al cometer el delito, que se encuadra fuera de la acción típica (agotamiento), acabando así el desarrollo procedimental de lo delictivo, a todo lo cual se le ha dado el nombre de *iter criminis* (camino del delito). El cumplimiento de la totalidad de estos pasos sólo se da en los delitos cuya acción permite un desarrollo gradual; los que no lo permiten, puede decirse que no admiten la tentativa.

1) Etapa interna

§ 375. *El "principio de exterioridad". Las "resoluciones manifestadas" y la punición de las ideas.* – El delito permanece en la etapa interna sin superarla cuando el autor da los "pasos" que no han trascendido de su propia esfera psíquica, lo cual torna incongruente el pensamiento sobre su punibilidad (nadie puede saber lo que otros piensan, si no es por medios violatorios de su personalidad).

Pero ocurre que, en oportunidades, el sujeto llega a comunicar sus ideas a terceros de modo determinado o indeterminado (a sujetos determinados o indeterminados, esto último cuando la comunicación puede extenderse con alcance indiferenciado). La consagración del principio *cogitationis poenam nemo patitur* en el art. 18, C.N., prohibiría también la punibilidad de las simples "comunicaciones" del pensamiento delictivo a terceros, pese a que entonces la idea no ha quedado reducida a la esfera psíquica del agente. Sin embargo, tales comunicaciones pueden adquirir la forma de lo que se ha nominado *resoluciones manifestadas* de cometer el delito o una *publicidad de ideas* en que la sola comunicación constituye ya un delito (p.ej., publicitar la idea política de un sistema de gobierno que implica el desconocimiento de nuestro régimen republicano).

Se ponen ejemplos de leyes penales (no sería el caso de la Argentina) que llegan a punir ciertas formas de resoluciones

manifestadas, cuando se puede considerar que las ideas comunicadas podrían haber alcanzado un determinado grado de consolidación psíquica en los terceros receptores, en cuanto "delito de peligro" (p.ej., la "conspiración para cometer delito", cuando es necesario el acuerdo de los conspiradores), aunque, desde el punto de vista de los principios que fundamentan el derecho penal liberal, no todos se muestran de acuerdo con la solución punitiva en estos casos.

De todos modos, sólo la consideración como delito autónomo permitiría acceder a la punibilidad de la "proposición" y de la "conspiración" para cometer un delito determinado. Desde el punto de vista del *iter criminis*, a lo más podría catalogarse esa actividad como actos preparatorios y como tales impunes (ver Bacigalupo, con especial referencia al derecho español).

Pero, sin duda alguna, lo que los principios del derecho penal rechazan drásticamente, es la punición de la *expresión de las ideas*, mientras no penetren en el terreno de la instigación o importen la propaganda de incitación de delitos previstos por las leyes (art. 209, Cód. Penal). Castigar a alguien porque sostiene ideas de "ultraderecha" o de "ultraizquierda" que reclamen un orden de gobierno no democrático, importa asimismo desconocer, aunque por otro camino, el principio *cogitationis poenam nemo patitur*, en cuanto impone el castigo de la idea en sí misma, por más que ella haya trascendido del ámbito estrictamente psíquico (personal) del sujeto (en el derecho comparado, a lo que no ha sido extraño el nuestro, hay distintos ejemplos de punición de las ideas, expresa o implícitamente consagrados: como es la punición de la propaganda de ideas contrarias a la doctrina democrática, como inspiradoras de una forma de vida o de un sistema de gobierno).

Considerando que la "propaganda" de la idea es un acto *externo* del individuo, se ha rechazado que lo expuesto sea una aplicación del principio de exterioridad (Bacigalupo), reduciéndolo a la aplicación de otras garantías constitucionales (como la de la libertad de expresión) y en la medida en que el Estado puede ingresar en la autonomía ética de la persona hasta llegar a la "coacción de su conciencia" (Kaufmann, Jeschek). Esto último no saca el problema de la esfera de "internidad"; la garantía de la expresión de las ideas es el fundamento del principio de exterioridad. La idea no deja de ser tal porque se la exponga, salvo

cuando está relacionada directamente con un delito, y en los casos expresamente consagrados por la ley, pero lo que ésta no puede hacer es punir la idea como idea.

2) Etapa externa

a) Preparación

§ 376. *Actos preparatorios.* – La etapa de objetivación del delito (externa) comienza por su preparación. En ella el autor se procura los instrumentos con que piensa llevar a cabo el delito o se coloca en situación de perpetrarlo (ubicándose en el lugar donde va a pasar la víctima, estudiando el lugar de la acción, etc.); es lo que se denomina *actos preparatorios*, que, normalmente, quedan al margen de la punibilidad.

Sin embargo, muchas veces el derecho considera que esos actos son tan peligrosos para el bien jurídico protegido (por la importancia del bien, la indicación de la experiencia de que tales actos sólo o primordialmente pueden servir para cometer el delito), que llega a punirlos taxativamente creando delitos autónomos con algunos de ellos. Es precisamente por ese camino como las leyes penales forman la mayor parte de los delitos de peligro abstracto (p.ej., tenencia de armas y explosivos –art. 189 *bis*, C.P.–; tenencia de instrumentos para falsificar –art. 299, C.P.–, etcétera).

La circunstancia de que, como veremos, el gran problema de la tentativa es determinar cuándo un acto preparatorio no es tal sino ejecutivo, conduce a la doctrina a procurarse una conceptualización más estricta de él, haciendo referencia, p.ej., a su "equivocidad" (no serían en sí mismos idóneos para realizar el delito; no implican un inequívoco peligro inmediato para el bien jurídico –Núñez–); sin embargo, son éstas afirmaciones relativas; tienen que ser corroboradas con los tipos en concreto.

Bacigalupo –criticando la expresión tradicional que repite Jeschek de que los actos preparatorios "excepcionalmente" son objeto de punición–, indica que no hay actos preparatorios en sí, ni actos ejecutivos en sí, puesto que todo depende del punto de vista desde el cual el legislador considera que se tiene que comenzar a proteger el bien jurídico: el legislador puede retrotraer esa protección, convirtiendo en acto de ejecución lo que, de no estar castigado, sería un acto preparatorio. La naturaleza del acto se

hace depender de su punición; todo acto protector con pena del bien jurídico sería, por esa razón, acto de ejecución. Creemos, sin embargo, que en esta tesis se confunden dos planos pero, como se trata de una cuestión preferentemente académica, no parece necesario insistir en ella.

b) Ejecución

§ 377. ***Grados de ejecución.*** – Como puede ocurrir en la preparación, la ejecución del delito es susceptible de recorrer distintos "grados"; es decir, desarrollarse por medio de distintos pasos, que van completando la acción, distinguibles entre sí, con un comienzo y un despliegue en que la acción alcanza su plenitud típica con la consumación; las hipótesis indicadas, que nos permiten distinguir el comienzo de ejecución y la consumación del delito, son las que nos llevan a considerar la cuestión de la *tentativa*; lo cual no ocurre con todos los delitos, puesto que hay tipos que no nos permiten formular tales distinciones, ya que en ellos el mismo comienzo de ejecución importa consumación; tales tipos, en los que no podemos apreciar el desarrollo gradual de la acción, son aquellos de los que se dice que no admiten la tentativa; así ocurre en algunas infracciones omisivas (p.ej., art. 249, C.P.) o en ciertos delitos de peligro abstracto (p.ej., en el art. 299, C.P., la simple conservación).

Hubo en algún momento de la doctrina, la tendencia a rechazar la posibilidad de tentativa con relación a los delitos de peligro abstracto, pero puede tratarse de un concepto que no es de ningún modo exacto como afirmación general, ya que muchos de esos delitos admiten graduaciones ejecutivas que permiten la consideración de la tentativa (Núñez). Por ejemplo, en el mismo art. 299, que acabamos de citar, la fabricación de instrumentos para falsificar puede comenzar sin que se complete el proceso.

1) Tentativa

§ 378. ***Concepto.*** – La tentativa, por lo tanto, constituye la ejecución de un delito que se detiene en un punto de su desarrollo antes de alcanzar el grado de consumación, es decir, antes de que se haya completado la acción como típica. Por ello la tentativa no constituye un delito independiente (no hay

un "delito de tentativa"), sino una extensión del tipo, es decir, "una ampliación de la imputación delictiva perfecta que el delito representa" (Núñez).

Para la estructura finalista del tipo, la tentativa se da con la ausencia de algún elemento del tipo objetivo (expresión viciosa, porque la falta de ciertos elementos eliminan totalmente la tipicidad, sin permitir la extensión de la tentativa); pero el tipo subjetivo estaría completo. La tentativa es, pues, un tipo objetivo incompleto, al que corresponde un tipo subjetivo completo (ver Bacigalupo). Ya veremos las consecuencias de esta última afirmación en materia de culpabilidad.

Según el art. 42, C.P., es autor de tentativa "el que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad". Tenemos, pues, los elementos dogmáticos de la tentativa: el comienzo de ejecución, la falta de consumación y una particular exigencia de presupuestos del juicio de reprochabilidad (culpabilidad).

§ 379. *Fundamento de punición de la tentativa.* – Fundamentalmente encontramos en la doctrina dos teorías: la objetiva y la subjetiva; según la primera, la tentativa se pune por el peligro que corre el bien jurídico: tesis tradicional que ha sido vastamente aceptada entre nuestros tratadistas ("El castigo de la tentativa –nos dice Núñez– atiende a que el comienzo de ejecución de un delito determinado involucra de manera inequívoca el peligro de que se concrete el daño o el peligro inherente a la consumación de ese delito"); según la segunda, aunque reconociendo que la tentativa requiere una manifestación objetiva, se la pune porque el autor actúa con dolo, es decir, expresa con ella su voluntad contraria al derecho. Lógicamente el primer fundamento no permitiría incluir en la tentativa la llamada tentativa inidónea o delito imposible (en que el bien jurídico pudo no haber corrido peligro) y el segundo no daría lugar a que se castigara la tentativa con menos intensidad que el delito consumado, porque el dolo sería el mismo en uno y en otro, debiéndose colocar en la punición hasta las llamadas tentativas irreales. Según esto, el sistema argentino que pune con menos intensidad la tentativa y consagra el castigo del delito imposible o tentativa inidónea, resumiría los dos criterios fundamentadores (Bacigalupo).

También se ha dado a la punición un fundamento peligrosista estricto (la peligrosidad del autor) que, como veremos, no deja

de estar presente en nuestro derecho en la tentativa inidónea o delito imposible, y se menciona también la "teoría de la impresión", que toma en cuenta la alarma social que produce la tentativa.

A partir de la crítica a todas estas teorías, al menos desde el punto de vista de nuestro derecho penal, sostiene Zaffaroni que el fundamento de la punición de la tentativa se encuentra también en el ataque al bien jurídico: es "una tercera forma de afectación del bien jurídico"; no se trata ya del ataque dañoso, ni de la afectación por el peligro que el mismo haya corrido, sino porque ha "podido perturbar al titular en su disponibilidad por la sensación de inseguridad que la acción le infunde". Aparece así "la *perturbación* como tercera forma de afectación del bien jurídico", con lo cual tendríamos una especie de "teoría de la impresión" no colectiva, sino individual.

§ 380. *Comienzo de ejecución.* – Desde un punto de vista natural, comienza la ejecución de algo el que inicia los actos tendientes a lograr esa finalidad en el mundo de las realidades; en otras palabras, el que comienza a actuar. Pero, desde este punto de vista, el que realiza estos actos preparatorios en procura de algo, también ha comenzado a actuar y por ello el problema básico de la tentativa es el de determinar *jurídicamente* cuándo el autor no ha traspasado los límites del acto preparatorio (normalmente impune) y cuándo ha penetrado en los actos ejecutivos, a partir de los cuales aparece la tentativa como presupuesto de la punibilidad legalmente consagrada.

Aunque no faltan escépticos en cuanto a la posibilidad de sentar reglas generalmente válidas, la doctrina siempre se ha esforzado por alcanzarlas.

Dejando de lado un criterio subjetivo puro, aquí impracticable (porque la voluntad dirigida al delito aparece en todas las etapas del *iter criminis*, incluso, por supuesto, en los actos preparatorios), y el criterio llamado de la *univocidad y equivocidad* (con relación al delito el acto preparatorio es equívoco y el ejecutivo unívoco), que se atribuye a Carmignani y Carrara, que, como bien lo explicara el segundo de los citados, trátase de un mero recurso para la estimativa de la prueba de la distinción, pero no en sí mismo un criterio de distinción, se mencionan una teoría *objetiva* y una teoría *individual objetiva* u *objetiva-subjetiva*.

La formulación más extremosa de la primera quizá sea la que algunos denominan teoría *formal objetiva*, según la cual el acto ejecutivo requiere que se trate de un acto del cual pueda decirse que ha ingresado en el círculo de la acción expresado por el verbo principal del tipo (p.ej., comenzar a matar, comenzar a tener acceso carnal, a apoderarse); no habrá tentativa de homicidio mientras el medio o instrumento letal no haya sido empleado contra la víctima, disparando el arma de fuego contra ella, lanzándole la puñalada, etc., ni habrá tentativa de violación mientras no haya existido por lo menos aproximación del órgano sexual masculino al orificio de penetración de la víctima; ni tentativa de hurto mientras el autor no haya comenzado a sacar la cosa del ámbito de custodia. Aunque señalándose a varios autores como partidarios de esta teoría, es difícil encontrar en ellos una formulación tan agudamente restrictiva del carácter ejecutivo de los actos.

A partir de un uso natural del lenguaje (según la proposición de Beling), se formula una teoría *material objetiva*; hay comienzo de ejecución en todos aquellos actos que "como consecuencia de su necesaria pertenencia al contexto de la acción típica, aparezcan como partes constitutivas de ella según su concepción natural" (Frank) (comienza a matar el que ha dejado la escopeta montada con una cimbra para que se dispare cuando pase la víctima, aunque todavía no se haya disparado; comienza a violar el que con el fin de acceder carnalmente a la víctima ejerza fuerza sobre ella, aunque no se haya producido la aproximación de los órganos sexuales; comienza a hurtar el que, para apoderarse de una cosa, ha penetrado en el lugar donde ella se encuentra, o empezado otras maniobras destinadas a dicho apoderamiento aunque no haya entrado en contacto físico con ella).

Esta teoría material-objetiva, que no puede dejar de lado el criterio subjetivo (finalidad del autor), ni las características de la acción típica (aunque se refieran a elementos que propiamente no pertenecen al hecho principal que contiene el tipo), correctamente manejada puede aportar distinciones de mucha exactitud, conjugada con criterios probatorios idóneos (como el de la univocidad, la constatación del peligro corrido por el bien jurídico, etcétera).

De acuerdo con la extensión de la teoría material-objetiva según la aclaración que acabamos de dar –que indica que, en resumidas cuentas, constituye un criterio objetivo-subjetivo–, no sería del todo diferente de ella la llamada teoría *individual-objetiva* o *subjetivo-objetiva*, pero con una distinción en cuanto a las consecuencias de su aplicación, puesto que ésta, partiendo del *plan del autor*, puede tener como efecto que actos totalmente extraños a la acción típica se consideren actos ejecutivos, es decir de tentativa, con lo cual puede ella alcanzar dimensiones que de ninguna manera serían compatibles con la teoría material objetiva; podría decirse que la teoría individual-objetiva se coloca en el otro extremo: amplía la tentativa en la misma medida en que la teoría formal-objetiva la reduce. El procedimiento de distinción propuesto por la teoría individual-objetiva o subjetivo-objetiva requiere que una vez revelado el plan del autor, se constate si lo que él ha realizado puede considerarse ya realización de dicho plan; con lo cual "el comienzo de ejecución no comprende sólo los comportamientos típicos, por ser los adecuados para consumar el delito, sino también los comportamientos que careciendo en sí mismos de esa capacidad, por su inmediata conexión con la conducta típica y su sentido demuestran que el autor ha puesto en obra su finalidad de cometer el delito" (Núñez). Como tomado al pie de la letra, tal procedimiento puede llegar a extender en demasía el concepto de acto ejecutivo punible, se ha tratado de limitarlo en base a constataciones de carácter estrictamente objetivo, como la comprobación de "si el acto efectivamente realizado representa ya un peligro para el bien jurídico que puede considerarse cercano o inmediato" (Roxin, Bacigalupo), intentándose, de ese modo, reducir el peligro de extensión de la punibilidad fuera de los esquemas de la tipicidad. De esa manera se puede apreciar que, en las ejemplificaciones que se dan, las soluciones vienen a coincidir con las de la teoría material-objetiva, corregida o completada según lo que hemos expuesto, lo cual entreabre la posibilidad de llegar a reglas generalmente válidas de distinción, en las que una parte de la doctrina, como dijimos, no cree.

Lo que hay que destacar es la superación de una teoría formal-objetiva cruda, lo que adquiere repercusiones dogmáticas

de importancia, que ya hemos señalado: la tentativa no es sólo compatible con los delitos de resultado, sino que puede extenderse también a los de mera actividad, siempre y cuando la actividad ejecutiva que los constituyę permita apreciar un despliegue prolongado en secuencia susceptible de interrumpirse antes de la consumación (p.ej., el que lanza la mano para producir el tocamiento inverecundo, la que antes de alcanzar al sujeto-objeto es detenida por un tercero; el que ata a la víctima para abusar deshonestamente de ella mediante un coito *inter femora*, que es interrumpido en su accionar porque aquélla logra desatarse).

La teoría individual-objetiva, según lo que hemos expuesto, en la intelección de los que participan de ella, tiene como consecuencia que "el acto ejecutivo no necesita ser ya una parte de la acción típica" (Bacigalupo), con lo cual aparecen como actos de tentativa "conductas que no siendo de simple preparación del delito, resultan atípicas pero sintomáticas, por su inmediata conexión y por su sentido, respecto a que el autor ha puesto en obra su finalidad delictiva" (Núñez). Entonces la distinción, desprovista de un instrumento de precisión jurídica cual es la característica de la tipicidad, vuelve a entrar en un terreno complejo en cuanto a su apreciación. Por eso, no es raro que sus mismos sostenedores, reconociendo que es la que más se presta a la distinción (Zaffaroni), permitiendo ordenar sus problemas (Bacigalupo), admiten que no resuelve todos ellos, sino que deja la cuestión sin una solución satisfactoria.

Últimamente Pessoa (*La tentativa*, 1987), asumiendo las críticas formuladas contra la teoría, propone como tesis de distinción la del concepto del acto ejecutivo como "acto productor de la finalidad", que reduce el plan del autor a los límites que surgen de la consideración del contenido del tipo, con lo cual, a nuestro criterio, se da todavía un mayor acercamiento a las soluciones de la teoría material-objetiva.

§ 381. ***El aspecto subjetivo. La culpabilidad en la tentativa.*** – Vimos que, según la disposición taxativa de la ley argentina, el comienzo de ejecución constituye tentativa cuando el o los actos que lo forman los ha realizado el autor con el "fin de cometer un delito determinado". En principio, el que quiere consumar un particular delito y actúa con esa finalidad, lo hace con dolo directo (en el que, por supuesto, queda incluido el llamado "necesario"), pero no con dolo eventual ya que

en éste su querer no puede contener el *fin* de cometer un delito, sino la *previsión* de cometerlo: el autor no se dirige a la "comisión" con su conducta, sino que sólo admite la perpetración del delito como una contingencia de la actividad que despliega en procura de otro fin. En nuestro derecho al menos, dado lo estricto de la definición legal del art. 42, C.P., la tentativa aparece incompatible con el dolo eventual.

Sin embargo, partiendo de la afirmación de que la culpabilidad de la tentativa no es distinta de la del delito consumado –con la que, en principio, sólo se pretendió excluir un pretendido "dolo de tentativa" que es, en sí mismo, incongruente, ya que es impensable la tentativa de un delito en quien comienza la acción pensando detenerla antes de que alcance la consumación–, se ha llegado a admitir el dolo eventual como suficiente para la tentativa ("cuando para la consumación es suficiente con el dolo eventual"); en otras palabras, todo delito que puede consumarse con dolo eventual permite que, en su tentativa, el autor actúe con esa especie de dolo. A esta conclusión se llega, por otro lado, considerando que la expresión *determinado* no requiere por sí el dolo directo, lo cual, aunque puede ser exacto, deja de serlo cuando se relaciona con el *fin* que persigue el autor: la expresión *fin del autor* constituido por un *delito determinado* es una ecuación que nos da como resultado interpretativo la exigencia del dolo directo, porque el autor tiene que querer el delito, no sólo prever su ocurrencia.

Los ejemplos que pone la tesis de la admisión del dolo eventual en la tentativa son casos de dolo necesario (por tanto, directo) o de tentativa de un delito agravado (el que arroja granadas –que no explotan– contra un edificio "sin importarle" dar muerte a los que se hallan en él), o de delitos que sólo admiten típicamente el dolo directo (el que usa una publicidad engañosa sólo puede estafar cuando su ardid va dirigido a ello, es decir a perjudicar engañosamente), o de casos en que ya hemos visto que la duda equivale al conocimiento que constituye la base del dolo directo (el que yace con la mujer honesta menor de quince años dudando sobre si tiene esa edad o es mayor).

En realidad, el problema se ha planteado como una infección polémica. No debemos olvidar, en tal sentido, que la construcción de la tentativa ha sido, precisamente, una de las bases de

sustentación para la estructura finalista del delito. Los finalistas sostuvieron que una de las incongruencias del causalismo es incluir el dolo en el tipo de la tentativa y enviarlo a la culpabilidad en el delito consumado; incongruencia que se soslayaría solamente si se renunciase a la accesoriedad de la tentativa con relación al delito consumado (como lo hace Schmidhäuser; sobre la cuestión ver Zaffaroni); de ello se derivó la insistencia finalista en equiparar el dolo de la tentativa al dolo del delito considerado en su prístina tipicidad. Las respuestas a estas críticas son diversas, entre ellas la que hace figurar la intencionalidad de la tentativa como un elemento subjetivo del tipo (lo cual para Bustos Ramírez importaría un procedimiento analógico); pero en general hay que considerar que si la tentativa es una extensión del tipo no se ve la razón por la cual el legislador deje de proponer ciertas exigencias o condiciones para que se produzca dicha extensión, como puede ser la del dolo directo.

Eso es lo que ocurre, como vimos, en nuestro sistema legal, aunque la doctrina finalista argentina, al usar el art. 42 del C.P. para dar el concepto natural de dolo, tuvo que esforzarse por hacer caber en la tentativa toda especie de dolo. De ahí las interpretaciones que se han dado de la expresión "fin de cometer un delito determinado". Se ha dicho, por ejemplo, que de ningún modo esa expresión equivale a dolo directo, pues si así fuera, habría que considerar que el dolo eventual es "el fin de cometer un delito indeterminado", que es un concepto inasible (Zaffaroni); pero nadie dice que el fin de cometer un delito determinado sea el concepto de dolo directo, sino que esa exigencia de la ley *requiere* (no que es) el dolo directo. En el mismo sentido se dice también que en el dolo eventual se quiere algo determinado (Bacigalupo), pero el que se quiera algo determinado no implica por sí que ese algo sea un "delito" determinado, como ocurre en el dolo directo. En realidad los casos con tentativa calificada "nos demuestran que la tentativa requiere, necesariamente, dolo directo".

Lo cual demuestra, con mayor razón, que ni existe una *tentativa culposa*, ni puede darse una *tentativa de delito culposo*; en nuestra legislación surge expresamente así de la descripción de la tentativa hecha por el art. 42, C.P., pues el querer el delito no coordina con la simple previsión de un resultado, que, como vimos, es de la esencia de la culpa, que en este aspecto tiene una base común con el dolo eventual.

§ 382. *FALTA DE CONSUMACIÓN. LA TENTATIVA EN LA OMISIÓN.* La tentativa es considerada por la mayor parte de la doctrina

como un delito incompleto (no como un delito en sí, es decir, como si existiera un *delito de tentativa*). En ella el proceso ejecutivo se detiene en un momento dado, antes de llegar la consumación. La falta de consumación es pues –aunque parezca obvio destacarlo– una condición *sine qua non* de la tentativa, que se torna imposible un vez producida aquélla.

Pero, como ya lo hemos hecho notar, la referencia a la falta de consumación no indica que la tentativa sólo pueda darse en los delitos cuya consumación reclama la producción de un resultado. Dijimos que la tentativa es compatible con los delitos de *mera actividad*, con tal de que el despliegue de la acción en ellos sea susceptible de ser interrumpido antes de que el hecho se consume. Pero en las conductas omisivas también es posible la hipótesis de tentativa.

Esa hipótesis es clara en los delitos de *omisión impropia* en que el agente omite o comienza a omitir para alcanzar un determinado resultado (la madre que deja de amamantar al hijo para que el niño muera, pero que le es quitado antes de que ello ocurra), puesto que cualquier circunstancia extraña a la voluntad del agente puede impedir su realización. En las de *omisión propia* la cuestión puede ser más compleja y los casos son muy excepcionales; sin embargo, es posible plantearse el supuesto de un comienzo de acto omisivo que sea interrumpido por la intervención de un tercero que obliga a actuar al autor (p.ej., quien comienza a retirarse del lugar donde hay que prestar auxilio, lo cual le es impedido por alguien que lo obliga a prestarlo sin solución de continuidad).

> La tentativa en la omisión ha sido ampliamente debatida en la doctrina penal, con una gran mayoría que se coloca en la posición negativa. Aun hoy se considera que la tentativa en la omisión es conceptualmente imposible, porque "el mandato se cumple o no se cumple" y "no se puede decir que no se empezó a cumplir o que se frustró su cumplimiento", siendo que, además, si en el delito de omisión "no se puede hablar de una causalidad real... ni finalidad... tampoco es posible aplicarle grados de desarrollo del delito que partan de la idea de causalidad y de intencionalidad" (Bustos Ramírez). Ya nos hemos pronunciado sobre lo falible de la base de este último argumento; en cuanto al anterior adviértase que el comienzo de cumplimiento del mandato o su frustración no es precisamente una "tentativa de omitir", sino

una tentativa de no omitir que no constituye el problema que aquí nos planteamos.

Entre nosotros, Zaffaroni participa del criterio expuesto en el texto: "las reglas y los principios [de la tentativa] son también aplicables a los tipos omisivos. Si tomamos como punto de partida el peligro que amenaza al bien jurídico y que determina el deber de actuar en la forma típicamente descripta, habrá una tentativa cuando las demoras en intervenir con fin salvador tienen por efectos aumentar ese peligro... También habrá un acto de tentativa cuando el sujeto haya dejado pasar la última oportunidad que tuvo de apartar el peligro y el daño no sobreviene".

§ 383. ***Interrupción del curso de consumación. El desistimiento voluntario.*** – Según el art. 42, C.P., la falta de consumación para que integre la tentativa como elemento negativo, tiene que deberse a *circunstancias ajenas a la voluntad del autor*, es decir a un impedimento que le es, en principio, extraño. Cuando es el mismo autor el que voluntariamente detiene el curso o proceso ejecutivo, la tentativa viene a ser impune por aplicación del art. 43, C.P., que dispone que "el autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito".

Una vez que la tentativa (ejecución) está en curso, el requisito de interrupción por causas ajenas a la voluntad del autor aparece como una condición de punibilidad y, en los antípodas, el *desistimiento voluntario* de prolongar la ejecución hasta la consumación, como excusa absolutoria.

El desistimiento voluntario ha sido conceptualizado como el "abandono voluntario, definitivo y oportuno del propósito de cometer el delito por parte del autor". El abandono es *voluntario* cuando procede del mismo autor sin depender de circunstancias objetivas (p.ej., que se le rompa el instrumento con el cual trataba de cometer el delito) o hasta subjetivas (p.ej., haber creído erróneamente que con lo realizado había alcanzado la consumación del delito), que entorpezcan el desarrollo de la ejecución, ni le haya sido impuesta explícita (al ser amenazado) o implícitamente (por el temor a ser descubierto al notar la presencia de terceros). Es *definitivo* cuando el autor ha decidido abandonar del todo la vía delictiva elegida para lograr lo que se proponía y no simplemente reemplazarla por

otra del mismo carácter, aunque de distinta modalidad, o aplazar la ejecución o suspenderla en espera de mejores circunstancias. Es *oportuno* cuando el abandono de la ejecución ha constituido, en el caso concreto, el impedimento de la consumación; si ésta se produce igualmente a consecuencia de los actos ya realizados por el autor antes del abandono, se tendrá el delito consumado punible (quien interrumpe la secuencia de disparos contra su antagonista, pudiendo continuarla, desconociendo que ya lo ha herido).

§ 384. *LA CUESTIÓN EN LA TENTATIVA INACABADA Y EN LA TENTATIVA ACABADA; EL DELITO FRUSTRADO. EL ARREPENTIMIENTO EFICAZ.* De lo dicho se infiere que el desistimiento voluntario como excusa absolutoria sólo es compatible con la llamada *tentativa inacabada*, entendiéndose por tal aquella en que el autor no ha completado toda la actividad (o el curso de omisión) que de él requiere el proceso de consumación y que, por lo tanto, permite que éste sea detenido voluntariamente por él (p.ej., el autor que habiéndose propuesto hurtar con escalamiento y habiendo penetrado al lugar donde se encuentra la cosa, antes de tomarla decide interrumpir su actividad). Pero no puede haber desistimiento en la *tentativa inacabada* –también denominada por muchos *delito frustrado*– en la que el autor ha hecho todo lo que tenía que hacer (o completado la omisión) para que se produjese la consumación, pese a lo cual ésta no ocurre porque –por circunstancias ajenas a la voluntad de aquél– no se llega a producir el ataque al bien jurídico que reconoce el tipo (aquél no llega a ser vulnerado o no se suscita el peligro típicamente requerido por éste); es indudable que si el autor completó la conducta que el tipo requiere en lo que compete a su actividad u omisión ya no puede desistir. Es posible, sin embargo, que pese a esa circunstancia, el autor inserte una nueva conducta suya en el proceso causal, con la que, voluntaria y oportunamente, impida la ocurrencia del resultado típico y con ello la consumación del delito; en tales casos se dice que se trata de un *arrepentimiento eficaz*, que equivale al desistimiento de la tentativa inacabada (p.ej., el que habiendo remitido un artefacto explosivo por correo, se coloca después en la puerta del domicilio del destinatario, lo recibe del empleado y lo desactiva).

Sin embargo, desde el punto de vista dogmático, la situación no es exactamente igual, aunque la base de solución sea la misma; la no consumación no se produce por causas ajenas a la voluntad del autor, sino por una causa puesta voluntariamente por él: en el desistimiento, cesando en la acción ejecutiva en curso, en el arrepentimiento eficaz, impidiendo el desenvolvimiento causal de la acción ejecutiva ya realizada; pero en tanto el primero aparece como excusa absolutoria taxativamente dispuesta por la ley, la impunidad del segundo puede apoyarse en la inexistencia de uno de los elementos necesarios de la tentativa, sin necesidad de aquella calificación, aunque sus efectos serían los mismos, como veremos.

§ 385. *TENTATIVA CALIFICADA Y "REMANENTE" DE RESPONSABILIDAD.* – Por supuesto que ni el desistimiento ni el arrepentimiento eficaz dejan al margen de la punibilidad los delitos que hayan llegado a consumarse en el curso de ejecución voluntariamente interrumpido por el autor, o sea que aparecen como integrativos de la tentativa impune. "La impunidad –dice Núñez– se refiere a la tentativa pero no a los delitos ya consumados" (p.ej., quien desistió de dar muerte a su antagonista podrá, sin embargo, ser penado por las lesiones que ya le hubiere infligido cuando desiste; quien consumó el delito de peligro contra la seguridad común al colocar un explosivo para matar a alguien, cuya muerte él mismo impide sacando a aquél del lugar antes de que se produjese la explosión, no podrá ser perseguido por tentativa de homicidio, pero sí por aquel otro delito). En la terminología penal contemporánea, cierta doctrina emplea la expresión de *tentativa calificada* para referirse a estas hipótesis.

En esa doctrina se trabaja en términos de "interferencia", como lo hace Zaffaroni entre nosotros: "lo que queda impune es la tentativa en sí misma, pero no los delitos consumados en su curso, cuya tipicidad sólo estaba interferida por efecto de la punibilidad de la tentativa, pero que resurge al desaparecer ésta". En tal sentido se menciona un fenómeno de interferencia por progresión: el acto preparatorio punible queda "interferido" por la tentativa punible, al no ocurrir esto último reaparece la punibilidad de aquél; el delito que integra una tentativa queda "interferido" por la punibilidad de ella, pero al desaparecer ésta resurge la punibilidad de aquél.

Pero este fenómeno de interferencia aparece cuando nos enfrentamos a un caso de concurso de leyes o aparente del delito consumado con relación a la tentativa, pero no cuando el delito consumado, aunque integrando en la ideación del autor el proceso consumativo de otro delito, tiene autonomía jurídica (p.ej., el que falsifica un documento para realizar una estafa que sólo queda en grado de tentativa), pues en tal caso la tentativa punible no produce interferencia alguna y la cuestión se resuelve por la vía del concurso (en el caso propuesto un concurso ideal entre la falsificación y la tentativa de estafa).

§ 386. *EL DESISTIMIENTO Y EL ARREPENTIMIENTO EFICAZ EN LA DOCTRINA PENAL CONTEMPORÁNEA.* – Es sumamente ilustrativo el concepto que da Núñez del desistimiento voluntario, el cual existe "si el autor no prosigue su conducta ejecutiva del delito, porque ha cambiado definitivamente de actitud respecto de su finalidad de consumarlo", con lo cual la voluntariedad desaparece como base del desistimiento cuando el autor sólo suspende la actividad sin cambiar de actitud (p.ej., esperando otra circunstancia) o se ve forzado a cambiarla, no entrando por supuesto, en esta última hipótesis, el cambio "por temor a la pena" en sí misma, ya que "la ley no puede castigar a quien la obedece".

La voluntariedad del abandono de la ejecución se amplía, sin embargo, en algunas formulaciones. Así, Zaffaroni, que considera que la voluntariedad se da cuando el desistimiento no se ha motivado en la representación de alguna "acción especial del sistema penal que ponga en peligro la realización del plan" o en "el convencimiento de la imposibilidad de consumarlo", por lo que ciertos casos de interrupción por la posibilidad de ser descubierto pueden quedar comprendidos en él; así como se reduce en otras que atienden al carácter particular del autor (Roxin, p.ej., niega la voluntariedad cuando la interrupción procede de la "lógica de un delincuente").

La justificación de la impunidad del desistimiento –de la que depende una serie de consecuencias dogmáticas, como las de los requisitos y el carácter de él– es debatida. Una tendencia pone el acento sobre la atipicidad argumentando que la circunstancia interruptiva sólo es típica en la tentativa en cuanto sea ajena a la voluntad del autor, lo cual, aunque, como vimos, es uno de los requisitos de ella, tal conclusión sólo sería exacta si hubiese un tipo autónomo de tentativa, no en cuanto ella constituye una extensión del tipo (otro fundamento crítico en Zaffaroni); últimamente es Bustos Ramírez quien participa de esta postura argumentando que la impunidad de la tentativa desistida "proviene desde el bien jurídico que determina el injusto", el desistimiento

"anula el desvalor del acto" y por tanto "no hay posibilidad alguna de plantear la tipicidad del hecho"; para él, por tanto, el problema fundamental es el de determinar "si realmente el desistimiento ha llevado a la eliminación del desvalor del acto", para lo cual considera importante la tesis de Roxin de la "racionalidad del delincuente", que puede aparecer como una aplicación de los principios de la caracterología delincuencial (derecho penal de autor –ver Zaffaroni–). Lógicamente, en esta tesis de la tipicidad el desistimiento no es una causal personal de exclusión de la punibilidad, sino que la del autor se extiende a los otros partícipes. Welzel, por su parte, sostiene el principio de la insignificancia de la culpabilidad del desistidor como razón de ser de la impunidad, que en Roxin asume armonía a favor de su particular concepto de la culpabilidad estimada a la luz de la función preventiva de la pena. Pero puede decirse que salvo algunos criterios plurifundamentadores –como el de Stratenwerth– prima hoy el que la trata como excusa personal –reducida por tanto al que desiste–, fundada en la innecesariedad en el caso de la función preventiva de la pena (Jeschek, Zaffaroni, etcétera). Tal carácter indica que el desistimiento, en cuanto sea voluntario en los términos expuestos, no depende de una particular motivación "ética" del autor: no tiene que ser espontáneo, ni tiene que significar un "arrepentimiento" de conciencia.

Por ello, en la tentativa acabada el término "arrepentimiento" no lo emplean todos; de lo que no se puede hablar es de un *desistimiento eficaz* lo que, si se quiere, es más confuso, porque también hemos visto que, en la inacabada, por medio del requisito de la "oportunidad", también se requiere la eficacia del desistimiento; distinto es hablar de *desistimiento activo*, que resulta más adecuado.

En cuanto al concepto de tentativa acabada, los criterios son bastante coincidentes: se da cuando "se ha agotado el proceso ejecutivo del delito desenvuelto por el autor" (Núñez) o "cuando el autor, según su plan, haya realizado todos los actos necesarios para que se consume el delito" (Bacigalupo), dependiendo la consumación, a partir de allí, de circunstancias que él no maneja directamente. Aunque últimamente se plantean diferencias entre tentativa acabada y delito frustrado (sobre el derecho español, ver Bustos Ramírez, Rodríguez Devesa, Mir), ello depende de disposiciones particulares: en derechos que como el nuestro no distinguen entre tentativa inacabada y tentativa acabada o delito frustrado (ambas quedan reguladas por el art. 42, C.P.), no se ve razón alguna para diferenciar.

También con relación al arrepentimiento eficaz hay discusión sobre su carácter, primando el criterio de que se trata de una ex-

cusa absolutoria personal. Bustos Ramírez, sin embargo, como lo hace en el desistimiento de la tentativa inacabada, sostiene que en este caso es el "hecho" el que no merece pena, por lo que la impunidad se extiende a otros partícipes. Creemos que sus límites son los mismos del desistimiento.

La doctrina moderna se preocupa en estos temas por algunos problemas especiales. El caso del autor que fracasa en la acción (unitaria), y pudiendo repetirla no lo hace, se considera tentativa inacabada (delito intentado con acciones plurales que no se realizan en su totalidad) –sobre el principio de la unidad natural de acción, y su aplicación, ver Jeschek–. También que el desistimiento es posible en la tentativa inidónea "en tanto el autor no conozca la inidoneidad" (Bacigalupo) y, en los actos preparatorios, en tanto el autor puede impedir activamente que se transforme en acto ejecutivo (Mir). Esto último puede plantearnos a nosotros algunas dificultades: si el acto preparatorio es impune no habrá tentativa; si es punible el delito estará consumado; otra cosa es el acto preparatorio punible que requiere una secuencia de actividad susceptible de interrumpirse, al cual, como vimos, se aplican los principios generales que rigen la tentativa. Se habla en algunos casos de "desistimiento posterior a la consumación" (p.ej., en el caso de retractación de las injurias, pero es evidente que allí se da una excusa absolutoria por una actividad posterior del autor, que nada tiene que ver con la tentativa y su desistimiento; sobre el tema ver Zaffaroni).

§ 387. ***Punición de la tentativa.*** – El art. 44, C.P., plantea una cuestión particular con relación a la punibilidad de la tentativa cuando el delito tiene penas divisibles al disponer que, para castigarla, "la pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad". Existen en orden a esta expresión tres apreciaciones interpretativas: según una la pena prevista para el delito consumado se disminuye en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo (González Roura); para otra (Soler), la pena fijada hipotéticamente por el juez para el delito si se hubiese consumado, se disminuirá de un tercio a la mitad; y, por último, entre otros, Núñez sostiene que la disminución se tiene que hacer entre un tercio del mínimo y la mitad del máximo.

2) Tentativa inidónea o delito imposible

§ 388. ***La ley argentina y el concepto en la doctrina.*** – El art. 44, párr. 4°, C.P., dispone que "si el delito fuera imposi-

ble, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducírsela al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad" del autor. No nos da, por tanto, un concepto de delito imposible.

> No se puede decir que la doctrina se haya puesto completamente de acuerdo sobre el concepto –y por tanto sobre el alcance– del delito imposible. En primer lugar, queda fuera de duda que no puede extenderse el concepto a todos los casos en que cabe la tentativa, sino que sólo puede referirse a algunos de ellos: en principio, los delitos de mera actividad no podrían fundamentar un delito imposible (todos los casos que nos hemos propuesto como ejemplos son casos en que el tipo está ausente y que el error del agente los convierte en delitos putativos); consecuentemente, sólo podemos hablar de delito imposible o tentativa inidónea respecto de los delitos en que el autor ejecuta su acción en procura de un resultado (de lesión o de peligro) trascendente a dicha acción.

La doctrina nos proporciona un concepto amplio y otro restringido de *delito imposible*. El primero se da en todos aquellos casos en que, por las circunstancias propias de la acción, es imposible llegar a la consumación, ya por defecto de la acción misma (p.ej., querer matar con una sustancia inocua o con un arma descargada), ya por defecto del objeto sobre el cual recae (p.ej., querer matar a quien está ya muerto). Según el segundo el delito imposible se circunscribe a los casos de inidoneidad de la acción por su insuficiencia para producir el proceso causal que conduzca al resultado, es decir aquellos que se resuelven con "insuficiencia del medio" (o sea, los ejemplos expuestos precedentemente en primer término). El concepto amplio nos llevaría a considerar muchos supuestos de *falta de tipo* como supuestos de delito imposible, ya que en la falta de tipo (que considerada desde el punto de vista del error del agente nos sitúa en el *delito putativo*) el impedimento no es materialmente causal ni proviene, por tanto, de la inidoneidad de la acción en orden al resultado, sino del defecto de otras características que son necesarias para la tipicidad, aunque no haya un entorpecimiento causal (inidoneidad "típica" del objeto, del sujeto pasivo, de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, etcétera). Por supuesto que, en última instancia, cuando la acción es causalmente inidónea con respecto al resultado, hay

también una ausencia de acción típica (el sujeto no mata), pero es precisamente esa particular circunstancia –y sólo ella– la que da lugar a la consideración del delito imposible. De más está destacar la importancia de la distinción, puesto que el delito imposible puede abrir el camino a la punibilidad, no así el delito putativo.

El concepto de delito imposible es hoy mayoritario en nuestra doctrina (no lo fue anteriormente): tanto el "finalismo" de Zaffaroni, como el "causalismo" de Núñez, coinciden en ese criterio: "la imposibilidad del delito no puede surgir de la inidoneidad del objeto sobre el que recae... sólo puede provenir de la inidoneidad del comportamiento" (Núñez); no pueden ser casos de tentativa inidónea aquellos en que falta alguno de los elementos del tipo, porque los tales no son hipótesis de "tentativa", sino de "delitos imaginarios" (Zaffaroni). Es importante el desarrollo argumental de Núñez para sostener ese criterio en nuestro derecho: el principio de legalidad plantea la tentativa como ampliación del tipo, requiriendo la dirección voluntaria del autor hacia un delito determinado que no existe como tal cuando es la tipicidad lo que está ausente.

En nuestra literatura es la posición de Bacigalupo la que sigue siendo divergente. El concepto legal de tentativa abarca tanto la idónea como la inidónea y la tentativa "requiere que el autor suponga la existencia de una circunstancia del tipo que por no concurrir... impide la consumación"; por eso, en cualquier caso (incluso en el de inidoneidad típica del objeto) en que "el autor suponga que concurre un elemento del tipo... que luego resulta inexistente y que por eso impide la consumación, estaremos ante un caso de tentativa, sea idónea sea inidónea"; el *delito putativo* queda reservado para aquellos casos en que el autor cree erróneamente en la antijuridicidad de la acción que realiza (que está ella típicamente penada cuando no lo está).* Ocurre que para Bacigalupo –a diferencia de lo que nosotros pensamos– la disposición del art. 44, párr. 4°, C.P., no consagra un instituto especial, por lo cual no puede tampoco existir una diversidad (entre tentativa idónea e inidónea) prejurídica vertida en conceptos irreductibles: todo es la misma tentativa; la inidónea: "sólo representa una atenuación de la pena que tiene en consideración el menor desvalor del resultado... una diversidad de penas no tiene por qué determinar una distinción conceptual".

Si esto fuera así, resultaría inexplicable el criterio de la "peligrosidad" mentado en forma específica por la disposición legal para fundamentar la pena, como también cuando se busca el fundamento de la punibilidad de la tentativa inidónea en la *teoría de*

la impresión, porque es imposible fundarla en la tentativa (ver Jiménez de Asúa, Rodríguez Mourullo).

Por supuesto que el concepto restringido, no deja de acuciar al intérprete con algunas dudas cuando la distinción se contempla a la luz de la afirmación de que al fin "toda tentativa es inidónea" porque apreciada *ex post* no ha producido el resultado, como lo propone Zaffaroni, que entonces apoya la distinción en que en la tentativa inidónea hay un error grosero sobre la efectividad causal del medio. En realidad lo que ocurre es que en la tentativa hay una interferencia causal, y en el delito imposible una ineficacia causal sin interferencia alguna.

§ 389. ***Inidoneidad absoluta y relativa. Tentativas irreales, supersticiosas o mágicas.*** – Relacionada con este tema, se nos presenta la distinción entre la *inidoneidad relativa* y *absoluta* de la acción. En la primera la inidoneidad se reduce al caso concreto: en él la acción ha sido inidónea para consumar el delito produciendo el resultado, pero si no se hubiesen dado las circunstancias dentro de las cuales se la realizó, en otras distintas hubiese podido ser idónea (p.ej., el azúcar administrado para matar creyendo que era arsénico, hubiese podido producir la muerte de haber sido diabético el sujeto pasivo). En la segunda la inidoneidad no depende de las circunstancias en que se incluye la acción, sino de la total ausencia de potencionalidad causal, cualesquiera que fuesen las tales circunstancias. Se dice que mientras las hipótesis del delito imposible o tentativa inidónea son aquellas en que hay una inidoneidad relativa de la acción, las de inidoneidad absoluta presentan las características de la falta de tipo y, por tanto, únicamente podrían dar lugar a un delito putativo.

Entre estas últimas se encuentran la mayor parte de las llamadas *tentativas irreales* (p.ej., el que pretende actuar con procedimientos mágicos). Sin embargo, parte de la doctrina estima que formulaciones como la de nuestro Código, que hace depender la punibilidad de la peligrosidad del sujeto activo, permite hacerlas caber en el concepto de delito imposible. La solución no parece aceptable, no ya porque el concepto de inidoneidad absoluta sea del todo incompatible con el de delito imposible, sino porque el mismo carácter de la acción denota normalmente la escasa peligrosidad del autor, puesto que no tenemos que olvidar que la peligrosidad mentada por el art. 44,

párr. 4º, C.P., es una peligrosidad que tiene que revelar el delincuente *con la propia acción que constituye el delito imposible*.

Las tentativas irreales se consideran comúnmente impunes por la doctrina invocando la falta de peligro para el bien jurídico (teoría objetiva), la ausencia de dolo (sólo se trata de un "deseo" del autor –Frank–), o, desde el punto de vista de la teoría de la impresión, la total imposibilidad de conmoción de la "convicción en la validez del orden jurídico" (Stratenwerth, Jeschek). De esta última corriente participa Bacigalupo, quien, sin embargo, piensa que en el derecho argentino las tentativas irreales quedan impunes por razones de otro orden, puesto que su peculiaridad "de permitir la exclusión de la pena cuando el autor no requiera la aplicación de la misma por razón de prevención especial... permite dejar impunes sin fricción alguna las tentativas irreales".

Núñez minimiza la distinción, pues, para él, "la inidoneidad absoluta está supeditada a la no concurrencia de circunstancias que excluyan la ineptitud del comportamiento en el caso concreto. Las condiciones particulares de la víctima pueden darle eficacia causal a un conjuro", lo cual puede ser exacto si el conjuro se practica sobre la víctima misma, donde el procedimiento causal tiene un carácter no mágico, sino propio de los medios morales, lo que es otra cosa.

§ 390. *El delito imposible como supuesto de error.* – De lo dicho se infiere que el delito imposible –como ya lo hemos advertido– puede ser considerado como un supuesto de *error al revés*. Siendo un caso particular de tentativa es indispensable que, por lo menos, el autor haya emprendido la acción inidónea *con el fin de cometer un delito determinado*, lo que implica que tiene que actuar desconociendo dicha inidoneidad; si el agente no se halla en esa situación, estaremos al margen de la punibilidad. Como se ve, mientras en el delito putativo lo que decanta la situación del autor es la creencia errónea de que comete un delito al actuar, en el delito imposible ella se apoya en la *creencia errónea en la idoneidad de la acción* como productora del resultado querido, que es lo que permite considerar que el autor se ha propuesto cometer un delito determinado; fuera de que si el autor actuara conociendo la inidoneidad, "sus actos no serían susceptibles de acusar la peligrosidad criminal que fundamenta el castigo del delito imposible" (Núñez).

§ 391. ***Punibilidad del delito imposible.*** – Según el art. 44, párr. 4°, C.P., la punibilidad depende del *grado de peligrosidad que el autor haya revelado.*

Indudablemente aquí la ley se refiere a la peligrosidad criminal del autor según surge del hecho concreto; tiene que ser éste el que revele dicha peligrosidad, ya por sí misma, ya relacionándola con otras características de la personalidad de aquél; dicha peligrosidad no se puede fundamentar exclusivamente en estas últimas características, sin relacionarla con las circunstancias del hecho. Lo cual indica que esa peligrosidad es aquí el fundamento mismo de la pena (único caso en que asume esa función en el derecho argentino), aunque tal afirmación ha sido discutida.

> Ello no quiere decir que la pena no responda a la culpabilidad del autor: lo que quiere decir es que si a esa culpabilidad no se suma la peligrosidad no hay apoyatura legal para la punibilidad. Fue precisamente aquella contingencia lo que llevó a Zaffaroni a debatir y criticar la afirmación del texto: "Es verdad –dice–, que las reglas de la individualización de la pena del art. 41, C.P., se alteran..., pero ello obedece a que la falta de peligrosidad opera aquí como una causa personal de exclusión o de disminución de la pena por razones de política criminal... [lo que] no significa que la pena se funde en la peligrosidad: el parentesco opera como causa personal [de exclusión de la pena –art. 185, C.P.–] y ello no significa que la punibilidad... se funde en la falta de parentesco". Nos parece obvia la indebida transposición argumental de esta afirmación.

3) La consumación

§ 392. ***Concepto de consumación.*** – El delito se consuma cuando se han reunido (efectivizado) todas las características de la acción típica ("el hecho cumple todas las exigencias del respectivo tipo penal" –Núñez–), o, en otras palabras, cuando se ha concretado en la realidad la finalidad típica propuesta por el autor ("obtención del fin típico planeado, mediante los medios utilizados por el autor" –Bacigalupo–), o producido el resultado que el tipo consigna como consecuencia de la conducta del autor. Aquello y esto significan lo mismo; tratándose de dos versiones caras, una y otra, a distintas corrientes doctrinarias. Con la consumación termina la ejecución del delito como tal.

Núñez acentúa su oposición al finalismo cuando advierte que "la consumación delictiva mira siempre al disvalor jurídico [de alguno de los efectos de la conducta] y no al disvalor jurídico del simple comportamiento. Algo distinto es que el comportamiento en sí implique ya ese efecto... como sucede en los delitos de peligro abstracto". No intentamos terciar en tal debate, porque si en un tema es dogmáticamente inocuo el finalismo es, precisamente, en el de la consumación, salvo casos muy particulares a los que ya nos hemos referido.

§ 393. *LUGAR Y TIEMPO DE "COMISIÓN" DEL DELITO.* – Aunque también la tentativa puede plantear problemas de "comisión" en cuanto al lugar y al tiempo, ellos se resuelven por los mismos principios que vamos a ver a continuación, referentes al delito consumado.

Dichos problemas surgen de la pregunta de cuál es el lugar o el tiempo de comisión en los delitos en que se da una escisión de lugar o de tiempo en el desarrollo de la ejecución, o en los que la ejecución se despliega en distintos lugares o se prolonga durante un largo tiempo: los primeros pueden plantear problemas de aplicación de la ley penal (cuál es la ley penal aplicable), los segundos problemas relacionados con la acción delictiva en sí misma (p.ej., autor que comienza a ejecutar la acción siendo imputable y el delito se consuma cuando es inimputable) o con su punibilidad (p.ej., cuándo se considera cometido el delito a fin de comenzar a contar los plazos de prescripción de la acción procesal penal).

Los delitos que plantean cuestiones en cuanto al lugar de comisión son los llamados *delitos a distancia* y los llamados *delitos de tránsito*. Los primeros son aquellos en que el autor realiza actos ejecutivos en un lugar y el delito termina consumándose en otro lugar distinto (el que dispara en territorio paraguayo produciéndose la muerte en territorio argentino; el que envía un explosivo desde Chile que explota en la Argentina). Los segundos, aquellos en que la acción se prolonga a través de distintos territorios que constituyen distintas jurisdicciones (normalmente son delitos permanentes: privación de libertad consumada en la Argentina que sigue manteniéndose a lo largo de los territorios paraguayo y brasileño, como puede ocurrir con un "secuestro aéreo").

En cuanto al tiempo, los delitos que plantean problemas, además de los *permanentes y plurisubsistentes*, son los que presentan una solución de continuidad entre el momento en que el autor realiza la conducta y el momento en que ocurre el resultado.

§ 394. *SOLUCIONES EN EL DERECHO ARGENTINO* *. – A los fines de acotar el concepto de ley aplicable es necesario fijar el lugar de comisión del delito (*locus delicti commissi*), toda vez que se dé la confrontación entre el principio territorial y el principio real, de protección o de defensa, pues la utilización de este último cuando el delito se ha cometido en el extranjero, supone que el primero no se aplica.

Es indispensable siempre descartar la solución del problema a través del principio territorial, pues la aplicación de la ley argentina al caso por intermedio del principio real será siempre subsidiaria de que aquél no corresponda. Se tiene presente, como presupuesto, que en la especie se encuentran involucradas dos o más jurisdicciones.

La solución igualmente diferirá según estemos en presencia de un conflicto internacional de competencia o uno interno en el que el problema se plantea entre distintas jurisdicciones provinciales.

Para encaminar la cuestión se han esbozado tres posiciones:

a) La primera, conocida como teoría de "la manifestación de la voluntad" o de "la actividad" o de "la residencia", sostiene que debe estarse siempre al lugar donde se exteriorizó la acción, donde ella se ejecuta, donde actúa u omite, pues ése es el lugar donde el autor se puso en contradicción con la ley. Esta teoría es criticada por cuanto impediría al Estado punir aquellos delitos en los que sólo el resultado se produce en su territorio o jurisdicción, a pesar de que es allí donde el delito produce la conmoción social que le es propia.

* Por el profesor Enrique García Vitor.

b) Como contraposición a la anterior se han formulado las teorías del resultado: 1) *final*: la acción se considera cometida en el lugar donde se da el resultado de daño o de peligro, siendo criticada por no solucionar el problema de los delitos de pura actividad, en los casos de tentativa y los de delitos agravados por el resultado, en los cuales supedita el lugar y tiempo del delito a un efecto no comprendido en la culpabilidad del autor; 2) *intermedio*: en procura de otorgar solución al último de los problemas planteados por la anterior (delitos preterintencionales) tiene en consideración el resultado intermedio, el que se ha propuesto el autor, en otros términos aquel que está comprendido en su culpabilidad. No obstante deja sin solución las otras dos objeciones (mera actividad y tentativa).

c) A los fines de evitar la impunidad del delito en caso de competencia negativa entre dos Estados –el Estado donde se ejecuta el delito adopta la tesis del resultado y el Estado donde produce sus efectos, la tesis de la manifestación de la voluntad–, supuesto en el que los países se encontrarían impedidos de actuar, es que las legislaciones mayoritariamente adoptan un criterio que se conoce como tesis de la "ubicuidad", de la "unidad", de la "equivalencia" o "mixta", según la cual el hecho se considera cometido tanto en el lugar donde se produjo la manifestación de la voluntad como donde se concretó el resultado, abarcando así las dos alternativas posibles.

En el ámbito internacional la cuestión se solucionaría a través del art. 1°, C.P., que, según la mayoría de la doctrina, seguiría la tesis de la ubicuidad. Deben tenerse presentes, como pautas para el caso de conflicto, las disposiciones de los arts. 2° y 10 del Tratado de Montevideo (1889), que otorgan preeminencia a la ley del lugar donde se produjeron los efectos (Terán Lomas).

En los delitos de tránsito se ha propuesto como solución la jurisdicción del Estado captor, concordando con lo preceptuado por el art. 3° del *Tratado de Montevideo*.

En el conflicto jurisdiccional interno la solución se aparta de la regla del art. 1°, C.P., siendo varias y contradictorias las pautas que al efecto se han dado en la jurisprudencia. Prima hoy una doctrina que sostiene que la competencia se determina por el principio político de la mejor actuación de la justicia,

siendo competente el tribunal en cuya jurisdicción se hubiese producido la manifestación de la voluntad o el resultado, que más eficientemente pueda cumplir con la función, el que se acerque al verdadero y más importante ámbito territorial del hecho delictivo, de modo que se facilite la investigación, la defensa y el dictado del fallo. Es una solución que se funda en cuestiones procesales y constitucionales (art. 102, C.N. –Creus–).

En lo concerniente al tiempo de comisión del delito será el de ejecución de la acción típica. En la omisión el tiempo es el que transcurre desde que comienza la inactividad prohibida hasta que cesa la obligación de actuar del agente, es decir el tiempo en que debió realizarse la acción esperada o debida.

El momento del hecho rige igualmente lo concerniente al tiempo en la imputabilidad y culpabilidad por exigencia del art. 34, inc. 1°, C.P., lo que se excepciona en las *actiones libera in causa*, en que se retrotrae al momento en que se puso la causa (Terán Lomas). Completando ello y en relación a si el análisis de esos caracteres del delito se deben efectuar al tiempo de la manifestación de la voluntad o del resultado, se sostiene que es cuando se realiza la acción o se omite, porque es en ese momento en el cual el autor debe tener el conocimiento de lo que hace y la posibilidad de determinarse. Nuestro derecho no admite el dolo *subsequens* (Creus).

En lo que respecta a la prescripción se tiene en cuenta, por el contrario, el momento del resultado típico, o en los delitos de mera actividad y en la tentativa desde el momento en que finaliza la acción delictiva, como comisión; o desde que desaparece la obligación jurídica de actuar en los delitos de omisión. Se funda esta aserción en que la acción procesal penal nace con el delito consumado o con la finalización de la actividad o inactividad típica del agente. Además, el art. 63, C.P., comienza a contar la prescripción desde que el delito continuo cesa de cometerse (Creus).

Concerniente a los delitos continuados, permanentes y plurisubsistentes la acción comienza desde la primera actividad o inactividad típica del autor, debiendo tenerse presente en la sucesión de leyes o en la incriminación de una conducta que era lícita, la norma del art. 2°, Cód. Penal.

C) AGOTAMIENTO DEL DELITO

§ 395. *EL AGOTAMIENTO COMO LOGRO DEL FIN PROPUESTO.* – Se ha dicho que el delito se *agota* cuando, más allá de la consumación, el autor ha logrado la ulterior finalidad que se propuso al cometerlo (p.ej., el autor de hurto de un reloj que logra venderlo para procurarse dinero). Conceptualizado así, el agotamiento reviste importancia práctica con relación a dos cuestiones: en la individualización de la pena (art. 41, C.P.) puede descubrir una pauta útil; en las cuestiones concursales, ya que el agotamiento puede constituir o un nuevo delito que funcione en concurso real con el que agota (p.ej., que la venta del reloj constituya un estelionato –art. 173, inc. 9°, C.P.–), o una actividad típicamente ilícita, pero que queda consumida por la anterior en una relación de concurso aparente.

Este criterio sigue siendo sostenido en la doctrina, aunque algunos autores parecen reducir la cuestión del agotamiento a los delitos de intención trascendente –que requieren actuar con una finalidad específica–, en los que el logro de la finalidad es indiferente para el tipo, al que le basta que se haya obrado con la intención (ver Bustos Ramírez).

§ 396. *EL AGOTAMIENTO COMO CONSUMACIÓN MATERIAL.* – Pero también se habla (entre nosotros, Zaffaroni) del agotamiento como *consumación material* que se da cuando, habiéndose producido ya la consumación según el tipo (*formal*) la acción del delito se prolonga: dícese entonces que el delito se "agota" con el último acto de acción típica que el autor realiza. Así ocurre, por ejemplo, en el delito continuado, en el que cada uno de los actos que integran la continuación consuman ya el delito: el delito queda consumado con el primero de esos actos, pero se agota con el último, o con el delito permanente, que está agotado cuando ocurre el fin de la consumación (situaciones que hemos solucionado al tratar el tiempo de comisión). Pero también se utiliza el concepto para los casos que pueden denominarse de acción *intensificada*, como es el del que lesiona con un primer golpe y sigue golpeando produciendo nuevas lesiones: el delito está consumado con el primer golpe pero se

agota con el último. Tal concepto de agotamiento adquiere importancia en materia de participación, pues según él, en caso de que el delito esté consumado (formalmente) se puede participar en él mientras no esté agotado (materialmente consumado); después del agotamiento no resta otra punibilidad que la que proviene de la aplicación de los tipos de encubrimiento. Es, en realidad, una forma novedosa de referirse al tema de la prolongación de la consumación, que, como tal, ya hemos tratado al hablar de la participación.

CAPÍTULO V

TEORÍA DE LA SANCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

§ 397. *HACIA UNA NUEVA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA PENAL.* – Sin duda alguna, la actual doctrina penal, intensificando los estudios de política penal, se halla en la búsqueda de un nuevo sistema de penas. Se considera que el clásico, basado sobre la pena privativa de libertad, no cumple las expectativas de la prevención especial, y que, en muchos casos, pese a la existencia del delito, la pena no es necesaria desde el punto de vista de dicha prevención. De ahí que se propugne un sistema que permita dejarlo de lado en esos casos, o se procura variar la gama de las que hoy forman el sistema penal y modificar los modos de cumplimiento de las privativas de libertad. Las nuevas corrientes no pueden ser objeto de este trabajo, en el que nos reducimos a estudiar el sistema de punibilidad vigente en nuestro régimen jurídico.

§ 398. *LIMITACIONES CONSTITUCIONALES.* – Ese sistema está basado en una estructura relativamente clásica, en que las penas más frecuentes son las privativas de libertad, acompañadas, en proporción bastante intensa, por la de multa e inhabilitación. No vamos a encontrar en él procedimientos que ya han sido ensayados y probados en otros, como los de la *sentencia indeterminada* –tendiente– a una mejor individualización de la pena–, que no fija medida alguna en el momento de la sentencia, sino que ella se remite al desarrollo de la ejecución, o la del *perdón judicial*, que tiende a evitar la imposición de la pena

en los casos en que no se justifica en orden a la prevención especial.

Por otro lado, hemos dicho que las facultades del legislador en lo que atañe a la designación de las penas, están limitadas constitucionalmente, ya que las normas de ese carácter rechazan determinadas especies de pena, como la de muerte por "causas políticas", la de confiscación y las corporales.

II. EL SISTEMA SANCIONATORIO EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

A) PENAS

§ 399. *CLASES DE PENAS. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.* – El Código Penal prevé como penas la reclusión, la prisión, la multa y la inhabilitación (art. 5°).

La *reclusión* y la *prisión* son penas privativas de la libertad ambulatoria (se cumplen con encierro), que están reguladas de modo distinto en el Código Penal. La primera tiene que cumplirse en establecimientos especiales, distintos de los destinados a la ejecución de las penas de prisión, y a los reclusos se los puede emplear en obras públicas, siempre que éstas "no fueren contratadas por particulares" (art. 6°, C.P.); la prisión, aunque también se cumple con régimen de trabajo obligatorio (art. 9°, C.P.), es de distinta categoría. Sin embargo, tales distinciones reglamentarias han perdido actualidad, ya que la llamada "ley penitenciaria federal" (decr. ley 412/58; ley 14.467) ha unificado las modalidades de cumplimiento de ambas especies.

Con todo, la asignación de una u otra en la condena sigue revistiendo importancia por otras consecuencias que produce. Así, la pena de prisión que no exceda de seis meses puede ser cumplida en detención domiciliaria por "las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias" (art. 10, C.P.), beneficio de que no puede gozar el condenado a reclusión; en los casos de pena de prisión de tres años o menores, la libertad condicional puede ser obtenida a los ocho meses de ejecución, en tanto que en los de reclusión, se tiene que cum-

plir como mínimo un año de encierro (art. 13, Cód. Penal). El cómputo de la prisión preventiva es más severo para la reclusión que para la prisión: dos días de preventiva equivalen a uno de reclusión, en tanto que un día de preventiva equivale a uno de prisión (art. 24, C.P.); la pena de la tentativa es más grave cuando el delito merece reclusión perpetua que cuando merece prisión perpetua (art. 44, párrs. 2° y 3°, C.P.); lo mismo ocurre con la pena del partícipe secundario (art. 46, Cód. Penal).

Antes de la reforma dispuesta por la ley 23.057 para el art. 52, C.P., las penas de reclusión conducían más rápidamente a la aplicación de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado reglamentada por dicho artículo (p.ej., dos condenas de reclusión, y una de reclusión y otra de prisión mayor de tres años bastaban para ello, en tanto que se requerían por lo menos tres condenas de prisión), pero, a partir de dicha reforma, la ley sólo trae referencias a las "penas privativas de libertad", con lo cual la distinción también en este aspecto ha perdido importancia.

Las penas privativas de libertad pueden ser *perpetuas* o *temporales*. En realidad es difícil encontrar en la práctica una pena privativa de libertad perpetua que se ejecute como tal: institutos aplicados jurisdiccionalmente que pertenecen a la individualización ejecutiva de la pena, como el de la libertad condicional (art. 13, C.P.), o de carácter político, como la amnistía, el indulto y la conmutación (arts. 61, 68, C.P.; 86, inc. 6°, C.N.), normalmente convierten las penas impuestas como perpetuas en temporales.

Las penas privativas de libertad temporales en nuestro sistema son todas divisibles. Su *cómputo* se realiza de acuerdo con las prescripciones del Código Civil, salvo en la determinación del momento de finalización; se empiezan a contar desde la medianoche del día en que comienzan a ejecutarse (efectivamente) (art. 24, C.C.) y terminan el día en que se cumple el plazo fijado por la condena, aunque a la liberación hay que proceder, no a la medianoche de dicho día (como lo impondría el art. 27, C.C.), sino al "mediodía" (art. 77, párr. 2°, Cód. Penal).

Esta última modificación del modo de computar establecido por el Código Civil, que fue introducida por la ley 21.931, tuvo

una motivación de orden práctico, por las dificultades que creaba la liberación en horas nocturnas dentro de los establecimientos penitenciarios, lo cual había llevado a la corruptela de proceder a ellas en las horas diurnas del día siguiente al del cumplimiento.

Las penas privativas de libertad de meses o años se computan de acuerdo con lo establecido por los arts. 25 y 26, C.C., aunque difícilmente se planteen problemas, ya que los "cómputos" respectivos deben ser estrictamente establecidos por el juez una vez que la sentencia de condena ha quedado firme.

Ya hemos dicho que la *ejecución* de las penas privativas de libertad está uniformada por medio de la ley penitenciaria federal (decr. ley 412/58, ratificado por ley 14.467). Aunque dicha ley se sancionó para los institutos nacionales de internación, se consideró que debía extenderse su vigencia a los provinciales, afirmándose que el tema de la ejecución de la pena está comprendido en la facultad de dictar el Código Penal y que, por tanto, es materia del Congreso de la Nación; otra tendencia doctrinaria, sin embargo, sostiene que la ejecución penal es materia reservada a las provincias: la Nación puede dictar reglamentaciones de ejecución sólo para sus propios institutos. Tendiendo a evitar cuestiones de esa índole, gran número de provincias se ha "adherido" al régimen de la ley penitenciaria federal por medio de leyes especiales o remitiéndose a ella en la parte pertinente de los códigos procesales.

§ 400. *Pena de multa.* – Está constituida por el pago de una suma de dinero al Estado, impuesta bajo la forma de "retribución" por el delito cometido. Aunque nuestra legislación no veda la posibilidad de dar a los montos de las multas un destino distinto (p.ej., que vaya a manos de instituciones de carácter privado de bien público), dicho pago en todo caso seguirá siendo una pena que se diferencia de la indemnización, pues, a diferencia de ésta, no está destinada a reparar el daño producido por el delito. No mantiene, pues, relación alguna con la entidad de ese daño y es estrictamente "personal" (es decir, participa del principio de individualidad de la pena), no "patrimonial" (incide sobre la persona del autor del delito, no sobre su patrimonio).

Esta última circunstancia indica que ella únicamente puede pesar sobre el sujeto condenado y no se traslada a sus herederos (la muerte del condenado la extingue, como ocurre también con cualquier otra). Cuando el art. 70, C.P., aunque con una redacción no muy correcta, dispone que "las indemnizaciones pecuniarias inherentes a las penas podrán hacerse efectivas sobre los bienes propios del condenado, aun después de muerto", no se refiere a la pena de multa, sino a la indemnización del daño producido por el delito; esto, y no otra cosa, es lo que se quiere y puede significarse con el giro "inherentes a las penas" (que evidentemente el legislador relacionó con el art. 29, Cód. Penal).

Pero algunos fallos (hasta de la Corte Suprema) producidos en relaciones de derecho penal fiscal o tributario, han sostenido la transmisibilidad de la multa a los herederos del condenado, otorgándole así un carácter patrimonial, lo cual importa desconocer el carácter personal de la pena (ver Núñez). La solución podría ser aceptada por quienes ven en las sanciones de dicho derecho una amalgama de pena y reparación que nosotros hemos considerado inadmisible.

La pena de multa es normalmente divisible entre mínimos y máximos, dentro de cuyos límites el juez puede *individualizarla*, aunque excepcionalmente se determina por medio de un porcentaje sobre montos variables (p.ej., art. 262, Cód. Penal). Dentro de esos márgenes la multa debe ser impuesta tomando especialmente en cuenta las necesidades del sujeto como razón motivante del delito (art. 41, inc. 2°, C.P.) y su situación económica (art. 21, párr. 1°, Cód. Penal).

Las variaciones monetarias, que han exigido entre nosotros una continua acomodación legislativa de los mínimos y máximos, tornando muchas veces inocua la pena de multa por aplicación del art. 2°, C.P., ha suscitado la preocupación por recurrir a otro modo de fijación legal de ella: el llamado sistema del *día-multa*, en el cual la ley no determina montos, sino cierto número de días-multa; lo que varía es el contenido económico del día-multa, que puede estar relacionado con distintos parámetros: lo que normalmente percibe el sujeto diariamente, lo que percibe diariamente una determinada categoría administrativa en carácter de sueldo, el llamado salario vital mínimo, etc., contenidos que actualiza el juez en el momento de dictar sentencia (o con posterio-

ridad, durante la ejecución, frente al incumplimiento): la condena se resuelve en la fijación de un número dado de días-multa. Este sistema, vigente en muchos países y propugnado en varios proyectos argentinos, no ha recibido aquí sanción legislativa, salvo en áreas muy restringidas, p.ej., las sanciones procesales por infidelidad o abuso están legisladas de ese modo por algunos códigos procesales penales.

Si bien el legislador tiene libertad para determinar la gravedad de la pena de multa, su monto máximo no la puede convertir en confiscatoria, ya que, como vimos, la pena de confiscación (art. 17, C.N.) está erradicada de nuestro sistema. Hay que reconocer que todavía no se ha tratado con el debido cuidado el tema de cuándo una multa llega a ser confiscatoria, tema que, claro está, pertenece más propiamente al derecho constitucional.

La pena de multa se *ejecuta* por medio del pago en moneda de curso legal o en otros valores legalmente admitidos (p.ej., papel sellado), dentro del plazo que el juez establezca, ya que la ley penal no contiene disposiciones especiales sobre ella; no obstante, ante la ausencia de tales normas específicas, las provincias han optado por regularlo en los códigos procesales penales.

Para el caso de que el condenado no pague la multa –porque no pueda hacerlo o porque se niegue a pagarla– la ley prevé una serie de *procedimientos sustitutivos*. En primer lugar, el juez puede hacer efectiva la multa "sobre bienes, sueldos u otras entradas del condenado" (art. 21, párr. 3º, C.P.) por medio de los procedimientos compulsivos previstos por las leyes procesales (embargos ejecutivos), o si hubiese posibilidad, puede autorizar al condenado "a amortizar la pena pecuniaria, mediante trabajo libre" (art. cit.) o por la prestación de obras o servicios al Estado; asimismo, puede autorizar el pago en cuotas (art. 21, párr. 4º, C.P.); tanto los montos de las cuotas como sus plazos podrán ser fijados libremente por el juez aunque teniendo en cuenta la "condición económica del condenado", puesto que, como dijimos, no hay plazo legalmente determinado para la ejecución de la pena de multa.

Mientras el primero de los procedimientos sustitutivos que hemos mencionado puede ser compulsivo (es la ejecución pro-

pia de la pena), los dos últimos no lo son, ya que el juez tiene que limitarse a "autorizarlos", con lo cual resulta claro que ellos deben ser propuestos por el condenado y el magistrado no puede imponerlos (ni siquiera "proponerlos") de oficio.

Si el pago no se realiza y, en su caso, fracasan los procedimientos sustitutivos implementados (p.ej., si el condenado no prestó el servicio o dejó de pagar las cuotas de amortización) la multa tiene que ser convertida en prisión; para hacer esa conversión el cómputo de la prisión se hace según la regla del art. 24, C.P.; un día de prisión equivaldrá a la "cantidad de multa" que el tribunal fije entre el mínimo y el máximo previsto por la ley, pero en ningún caso la conversión puede hacer superar la prisión a cumplir del año y medio (art. 21, párr. 2º, C.P.), es decir, si al hacerse el cómputo resulta de él que el condenado tiene que cumplir más de esa medida de prisión, la conversión quedaría reducida a ella. Este procedimiento sustitutivo es el último al que se debe acudir, pues previamente se han de emplear los anteriores ("antes de transformar la multa en prisión", dice la ley, art. 21, párr. 3º, Cód. Penal). La circunstancia de su aplicación no cambia la naturaleza de la pena, que a todos los demás efectos (p.ej., para el plazo de prescripción) sigue siendo de multa.

Estos distintos procedimientos son, a la vez, sustituibles entre sí cuando la pena de multa se haya comenzado a ejecutar según uno de ellos; sostienen algunos, sin embargo, que si la multa ha sido convertida ya en prisión, puesto que se trata del último procedimiento sustitutivo y conforme a los términos del art. 22, C.P. ("En cualquier tiempo que se satisfaciera la multa, el reo quedará en libertad"), sólo el pago total de lo que reste hará posible el cese de la ejecución por medio de prisión, no siendo admisibles ni el pago en cuotas ni la prestación de servicios; aunque el argumento no parece definitivo y no coincide con la finalidad perseguida por la ley al determinar la pena de multa para ciertos delitos.

Ya hemos visto que la pena de multa está prevista también como pena común para distintos tipos penales como conjunta o complementaria, aunque no esté expresamente contemplada en ellos. El art. 22 *bis* (introducido originalmente por la ley 17.567, más tarde por la ley 21.338 y que ha sido mantenido

por la ley 23.077) dispone al respecto que "si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla", aunque en el primer caso no podrá exceder del monto máximo que la misma norma especifica. Algunos han considerado esta disposición como consagración de una "agravante genérica" (Fontán Balestra), sobre lo que tenemos nuestras dudas. Dos limitaciones establece la ley: la pena prevista por el tipo tiene que ser privativa de libertad. No correspondería, pues, cuando la pena principal fuese exclusivamente la de inhabilitación; el autor tiene que haber actuado con ánimo de lucro.

§ 401. *El ánimo de lucro como presupuesto de aplicación del artículo 22 "bis" del Código Penal* *. – Sobre lo que constituye *ánimo de lucro* se han vertido diferentes opiniones. Para Fontán Balestra es el propósito de obtener un beneficio económico, cualquier ventaja de orden patrimonial, sin que sea necesario que ese beneficio se obtenga; lo típico será que ese móvil acompañe al dolo, conceptualización con la que concuerda la mayoría de la doctrina (Creus, Zaffaroni, De la Rúa, Núñez), discutiéndose si ese fin está siempre presente en los delitos contra la propiedad. Núñez cree que no.

Al requerir parte de la doctrina y la jurisprudencia determinados elementos psíquicos para caracterizar la presencia del ánimo de lucro, fue menester diferenciarlo de la codicia. Aquél se concretizaba con la sola finalidad de la obtención de un beneficio económico, mientras ésta necesitaba de una característica espiritual que revelara un apetito desordenado de riquezas, una inclinación exagerada al lucro. El mentado ánimo era el propósito de provecho, ganancia o ventaja de tipo económico, sin la necesidad de que evidenciara egoísmo, inmoralidad o desaprensión.

Terán Lomas, que recepta las apuntadas diferencias entre el ánimo de lucro y la codicia, género y especie, acertadamente indica que será la actitud psíquica del autor en cada ocasión la que permitirá establecer la diferencia en cada caso, sin ataduras en cuanto a la importancia o exigüidad del valor en cuestión. Es nuestra opinión que esa actitud deberá relacionarse con el bien jurídico que el autor ha pretendido atacar, pudiendo evidenciar

* Por el profesor Enrique García Vitor.

ese ánimo una cantidad exigua medida en relación con la lesión, o puesta en peligro, que se quería causar al mismo.

El ánimo de lucro del art. 22 *bis*, idéntico al que se encuentra insertado como elemento subjetivo en los arts. 125 o 126, C.P., es simplemente la intención de obtener algún provecho o ganancia, evaluables económicamente, sin que se requieran fines egoístas o desaprensivos.

§ 402. ***Pena de inhabilitación.*** – En el derecho penal argentino la pena de inhabilitación consiste en incapacidades referidas a determinadas esferas del derecho. Puede ser absoluta o relativa.

Pero aun la *inhabilitación absoluta* participa de dicha característica, porque sólo recae sobre determinados derechos. Según el art. 19, C.P., ella importa:

a) "La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular" (inc. 1°), de cualquier jerarquía que fuese, rentado o no, accidental o permanente (art. 77, párr. 4°, Cód. Penal).

La circunstancia de que la ley se refiera a un empleo o cargo público, implica el requisito de la relación administrativa. De más está decir, por tanto, que quedan excluidos de la pérdida por inhabilitación los empleos de empresas privadas contratadas por el Estado para la prestación de servicios públicos, así como también los de las empresas "privadas" pertenecientes al Estado. Tal no es el caso, por supuesto, de los entes autárquicos del Estado (p.ej., Dirección Nacional de Vialidad) ni de las empresas de carácter público, aunque participen de actividades de carácter privado (p.ej., entidades bancarias oficiales).

b) "La privación del derecho electoral" (inc. 2°), con lo cual se quita al condenado el derecho de votar para elegir los miembros de cualesquiera de los poderes del Estado, convenciones constituyentes y municipalidades.

Se podría discutir que la privación alcance a los procedimientos electorales no previstos por las normas constitucionales, como serían los plebiscitos populares entre nosotros (aunque se acepte su constitucionalidad por no estar prohibidos); en realidad, la ley sólo puede tener en cuenta el régimen electoral cuya regulación procede de las normas estructurales del Estado nacional o provincial; por lo tanto, sólo en los casos en que el plebiscito pueda

apoyarse en normas taxativas de aquel orden (lo cual no ocurre en nuestra Constitución Nacional) quedará comprendido en la inhabilitación.

c) "La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas" (inc. 3°). Las comisiones públicas son las de naturaleza especial asignadas por los poderes del Estado, de carácter temporal, rentadas o no, ejecutivas o que sólo tengan carácter representativo o consultivo. La prohibición para obtener cargos o empleos futuros implica la de proponerse para ser elegido en elecciones convocadas para constituir los poderes del Estado, municipalidades o convenciones constituyentes.

d) "La suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar" (inc. 4°). Esta norma, tal como quedó con la redacción de la ley 21.338 (mantenida por la ley 23.077) determina el siguiente régimen para este efecto de la inhabilitación: la afectación del goce comprendería no sólo los beneficios actuales de que disfrute el condenado en el momento de la condena, sino cualquier otro que obtuviera después de ella (la anterior redacción parecía restringir la inhabilitación a los beneficios de que el condenado disfrutara en el momento de la condena). Producida la suspensión, los beneficios serán percibidos por los parientes del condenado que tengan derecho a pensión (no basta, pues, la mera vocación hereditaria), en principio totalmente; sin embargo, por "razones de carácter asistencial" el juez puede disponer que parte de esos beneficios –que no puede pasar de la mitad de ellos– la perciba la víctima del hecho o los deudos de ella que estaban a su cargo (tampoco basta que sean herederos); ahora bien, si no hubiere parientes del condenado con derecho a pensión, aquellos sujetos pueden llegar a percibir la totalidad, pero en uno y otro caso hasta completar los montos determinados como indemnización; esta última limitación nos indica que cuando no hay una indemnización jurisdiccionalmente fijada por sentencia firme, el juez no puede resolver la concurrencia o la percepción de la totalidad de los beneficios por parte de la víctima o sus deudos.

El efecto del inc. 4° del art. 19, C.P., ha sido puesto en entredicho por las particulares consecuencias que produce y su incoordinación con la legislación previsional y con el carácter alimentario de las prestaciones cuando la inhabilitación se prolonga más allá de la duración de la privación de libertad.

La inhabilitación absoluta comienza a *ejecutarse* desde que la sentencia de condena pasa a ser cosa juzgada, sin necesidad de otro requisito. Puede ser *perpetua* o *temporal*, aunque ya veremos la influencia que sobre esta clasificación tiene el instituto de la rehabilitación.

La *inhabilitación especial* o *relativa* es la que se limita a determinar incapacidades para el ejercicio de un específico derecho o actividad. Aunque en general puede decirse que se aplica cuando el delito constituye "por lo menos una violación de los deberes generales de conducta que impone el empleo, cargo, profesión o derecho", es evidente que la especie de vinculación del delito con un derecho o actividad para cuyo ejercicio se inhabilita, tiene que ser extraída del particular tipo penal (Núñez); p.ej., en las lesiones culposas dependerá de la actividad en que se hubiere constituido la conducta típica (si se causaron en un accidente automovilístico, la inhabilitación recaerá sobre la habilitación para conducir; si se causaron con un disparo accidental de arma de fuego, la inhabilitación recaerá sobre la habilitación para portar armas o para cazar deportivamente, etc.); pero hay tipos que no requieren un examen particular del derecho sobre el cual versa la inhabilitación, porque ello surge de las expresiones mismas de la fórmula legal; así ocurre con los delitos relacionados con la función pública o con el ejercicio del arte de curar, que sólo pueden dar lugar a una inhabilitación que impida ser funcionario público o seguir ejerciendo la medicina. Por otro lado, y en orden a la tipicidad en sí misma, para la aplicación de la pena de inhabilitación, no siempre bastará el mismo modo de desempeño de la actividad; p.ej., mientras el art. 242, C.P., presupone el "ejercicio abusivo" de la función para cometer el delito, el art. 238, inc. 3°, no requiere más que el actual desempeño del empleo o cargo público, aunque nada tenga que ver esto con el delito; pero se trata de un capítulo de la tipicidad, no de la teoría penal.

Lo que se ha discutido en la doctrina argentina es si para que proceda la inhabilitación es necesario que el ejercicio de la actividad en que se cometió o que dio ocasión al delito, tenga que ser "legítima" (Fontán Balestra) o si basta con que se haya dado esa actividad, aunque fuere de modo "ilegítimo" (Núñez). En primer lugar, si tenemos en cuenta que la inhabilitación puede producir efectos sobre la situación jurídica actual del condenado

(p.ej., pérdida del empleo público que ejercía), pero también se extiende a la situación jurídica futura, no se ve razón para reclamar en todos los casos una actividad "legítimamente" ejercida (que sólo se convertiría en ilegítima por su inserción en el delito); la inhabilitación puede referirse a una actividad que, desplegada ilegítimamente aun antes de la comisión del delito, tuvo que ver con éste (p.ej., nada obsta a que la inhabilitación del agente para obtener permiso de portación de armas o para conducir recaiga sobre quien en el momento del hecho carecía de esos permisos); tampoco pueden determinarse reglas *a priori* sobre este tema porque ello depende de los tipos particulares, puesto que hay delitos que presuponen necesariamente el legítimo ejercicio de la actividad y que sólo se transforma en ilegítimo, precisamente a causa del delito (p.ej., arts. 256, 257, 246, inc. 3°, Cód. Penal).

En cuanto al contenido de la inhabilitación especial, ella puede importar la pérdida del cargo o empleo, la prohibición de obtenerlos durante el curso de la condena, la del ejercicio de determinadas actividades o de ciertos derechos; queda comprendida la posibilidad del ejercicio de profesiones o artes como modos de conducta más o menos permanentes para el sujeto –se trate o no de un medio de vida–; en este sentido el art. 20, C.P., dispone que "la inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena" y, si incidiere sobre derechos políticos, "producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquellos sobre que recayere".

Como se advierte, en esta enunciación no queda comprendido el ejercicio de un "arte", no obstante lo cual nosotros lo hemos señalado como eventual contenido de la inhabilitación especial, porque encontramos tipos particulares que lo mencionan expresamente (art. 207, C.P.) y existen artes que se desempeñan sin alcanzar caracteres de profesión y que, necesitando de especiales habilitaciones o permisos del Estado, pueden ser objeto de aquella pena (p.ej., la caza y la pesca deportivas).

La otra cuestión que plantea la norma del art. 20, C.P., es saber si las profesiones (o artes) a las que se refiere, son exclusivamente las "reglamentadas" por el Estado o comprende también a aquellas que no lo están. Parte de nuestra doctrina sostuvo en su momento que dicho requisito no era necesario; se puede disponer una inhabilitación sobre profesiones o artes no reglamenta-

das (Núñez, Soler); en cambio, otra tendencia, con fuerte peso jurisprudencial (ver p.ej., CS Tucumán, *LL*, 52-991) ha sostenido lo contrario: la inhabilitación sólo puede recaer sobre profesiones o artes reglamentadas por el Estado o que, cuando menos, necesiten de una expresa habilitación estatal para ser ejercitadas. Hemos participado de esta última tesis por parecernos que es la que mejor responde al principio de legalidad de la pena y condice con el principio de reserva: el Estado no puede prohibir una actividad cuando no ha considerado que su ejercicio tiene que permitirlo expresamente (se podrá inhabilitar al conductor de una motoniveladora que produjo con ella lesiones culposas, ya que su manejo necesita una habilitación especial para conducir esa maquinaria, pero no al jornalero que hirió con una horquilla al compañero mientras levantaban una parva, de modo tal que no pueda volver a trabajar con horquillas durante el tiempo de la condena). Por otro lado, desde el punto de vista estrictamente dogmático, esta es la doctrina que surge del art. 20 *bis*, inc. 3°, C.P., en su actual redacción, la cual extiende la inhabilitación especial a los casos de "incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio depende de una autorización, licencia o habilitación del poder público".

En cuanto a la inhabilitación especial sobre derechos políticos, aunque sin duda puede comprender a los electorales, se advertirá hasta dónde aquella inhabilitación no alcanza la generalidad del art. 19, inc. 2°, C.P.: el art. 20 la restringe a los derechos políticos "sobre los que recayere"; con lo cual no puede sostenerse que, de suyo, quede comprendida toda la actividad electoral del sujeto, sino sólo aquella que, relacionada con el delito, haya sido expresamente especificada en la sentencia (p.ej., que se limite a la prohibición de intervenir en elecciones municipales).

Como en el caso de la multa, la inhabilitación especial también está prevista como pena "genérica" aplicable a cualquier tipo penal que no la contemple, cuando el delito importe: "*1*) Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público. *2*) Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela. *3*) Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público" (art. 20 *bis*, C.P., según la fórmula de la ley 21.338, mantenida por la ley 23.077). La *incompetencia* se refiere a una actitud culposa desplegada en una "falta de saber o aptitud, cualquiera que sea su causa, para ejercer el empleo, cargo, profesión o actividad" (ver Núñez); el concepto de incompetencia aparece así

como más amplio que el de "impericia", empleado por el Código Penal en la formulación de los tipos de delitos culposos. En cuanto al *abuso* importa, por el contrario, una actitud dolosa, ya que requiere un "apartarse a sabiendas" de los límites de legitimidad del ejercicio de la actividad o derecho.

Se ha indicado que esta inhabilitación correspondería a cualquier interviniente en el delito (Fontán Balestra), pero tal afirmación no puede ser aceptada sin formular algunas precisiones en lo referente a los partícipes y a los instigadores. En principio, cuando el delito se ha programado como "abuso" de la función, actividad o derecho, pese al carácter que puede poseer de delito propio, no habrá objeción alguna para extender la inhabilitación al partícipe o instigador que haya intervenido en esa programación; pero, en lo que se refiere a la "incompetencia" no parece posible incluir al instigador y en cuanto a otros partícipes, ello dependerá de la doctrina que se siga con referencia a la posibilidad de participación en el obrar culposo, ya que al fin la incompetencia, según dijimos, se presenta como un factor de ese orden, aunque, en ciertos casos, pueda estar incluida en un delito prefigurado como doloso.

También se ha llegado a poner en tela de juicio el carácter de las inhabilitaciones especiales dispuestas por el art. 20 *bis*. En su momento Núñez pareció dudar de que constituyeran penas, viendo la norma como la concreción de una medida de seguridad preventiva, con la cual se intentaba restringir la actividad del sujeto en la esfera dentro de la cual había cometido el delito. Lo que podemos decir es que, en todo caso, estas inhabilitaciones vienen marcadas más específicamente con el signo de la prevención especial, procurando impedir al sujeto el ejercicio de una actividad que puede volver a ser empleada por él con fines delictivos, pero no le sustrae al art. 20 *bis* el carácter de norma determinadora de penas apoyadas sobre la culpabilidad de quien las sufre.

Como las otras penas, la inhabilitación especial puede ser perpetua o temporal, y para los cómputos de esta última se siguen también los lineamientos generales que ya hemos expuesto, según los criterios que surgen del art. 24, Cód. Penal.

La inhabilitación perpetua era la única pena de ese carácter que (salvo las modificaciones de orden político –amnistías, indultos, conmutaciones–) pudo señalarse en un tiempo de nuestra legislación penal como "efectivamente perpetua"; pero

aquella situación cambió a partir de la introducción del art. 20 *ter* por la ley 17.567 (aunque dicho texto estuvo derogado durante la vigencia de la ley 20.509, volvió a regir con la ley 21.338 y fue mantenido por la ley 23.077), que consagró el instituto de la *rehabilitación*.

La rehabilitación importa la "restitución del uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado" el sujeto por la condena a pena de inhabilitación, lo cual de ningún modo importa la reposición en el cargo de que fuera privado en su momento ni la reasunción de la tutela o curatela de la cual fue separado (el rehabilitado sólo tendrá derecho a ocupar nuevos cargos o a ejercer otras tutelas o curatelas futuras). Para que la rehabilitación pueda ser dispuesta, se requieren los siguientes requisitos comunes: que el condenado haya reparado, en la medida de lo posible, los daños causados por el delito y que haya transcurrido un determinado tiempo gozando de "capacidad" de orden psíquico y de libertad (no se computa el tiempo en que el inhabilitado haya estado prófugo, internado o privado de libertad –art. 20 *ter*, párr. 4°, C.P.–) y durante el cual se haya "comportado correctamente"; cuando se trate de una inhabilitación absoluta perpetua, ese plazo será de diez años a partir del momento en que entró ella en vigencia; si es temporal tiene que haber transcurrido un plazo que equivalga a la mitad de la dispuesta (art. 20 *ter*, párr. 2°); si se trata de una inhabilitación especial perpetua, el plazo de cumplimiento efectivo es de cinco años y, siendo temporal, que haya transcurrido la mitad de la dispuesta.

Si alguna cuestión puede llegar a plantear dudas en la redacción de la fórmula legal, es la de saber qué significa "comportarse correctamente". Parece una cuestión librada a un grado bastante amplio de arbitrio judicial, pero no es sencillo especificar su contenido. Por supuesto que si el agente ha cometido nuevos delitos dolosos, o delitos culposos en que nuevamente esté comprometida la materia de la inhabilitación, habrá que descartar la existencia de un comportamiento "correcto" y lo mismo ocurrirá cuando haya quebrantado la prohibición de ejercer la actividad de que se trate. La posibilidad de extender el incumplimiento de la condición a otros supuestos es mucho más dudosa, si con ello se pretende considerar el mal comportamiento según la guía de una moral determinada, lo cual, como hemos visto, queda fuera de las pretensiones del derecho penal.

§ 403. *LA PENA DE MUERTE EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO.* – Hemos visto que la pena de muerte en nuestro derecho penal sólo está prohibida por "causas políticas" (art. 18, C.N.), lo que conduce al debate sobre el delito político en su distinción con el delito común. Para este segundo no está constitucionalmente prohibida, por lo cual la consagración depende de la opinión del legislador y de sus ideas fundamentadoras sobre el derecho penal. En este aspecto nuestra última legislación ha seguido un camino bastante sinuoso.

Al sancionarse el Código Penal, había triunfado la tendencia abolicionista, en consideración a que dicha pena significaba "el abandono del fin individual de la pena" e importaba un agravamiento innecesario de los medios de la defensa social, cuyos objetivos se pueden lograr mediante un sistema represivo eficaz, sin necesidad de consagrar la pena de muerte. Sin embargo, esa pena fue introducida en nuestra legislación por la ley 13.985 de "espionaje y sabotaje", la que fue derogada por ley 16.648; más adelante la ley 18.701 la conminó como pena única para ciertos delitos, aunque ella fue modificada por la ley 18.953, que la contempló como pena alternativa con la de reclusión perpetua. Volvió a desaparecer de los elencos legislativos con la ley 20.509 y recuperó vigencia con la ley 21.338, que la introdujo en la enumeración del art. 5°, C.P., previendo en un art. 5° *bis* la regulación de su forma de ejecución; al ser derogada aquella ley por la 23.077, la pena de muerte ha vuelto a desaparecer para el derecho penal común. Actualmente se opondría a su restablecimiento el art. 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque dicha norma ha dado lugar a problemas interpretativos (ver Zaffaroni).

§ 404. *CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS POR SU FUNCIONAMIENTO.* – Las penas pueden ser *principales* o *accesorias*. Son principales –como tal funciona cualquiera de las contenidas en la enumeración precedente– las que se aplican autónomamente, por sí solas; ellas pueden ser *divisibles* o *indivisibles*; éstas son las que admiten una magnitud única, que no permite al juez margen alguno de tasación, lo cual puede ocurrir por su propia naturaleza (como fue en su momento la pena de muerte) o por la forma en que la ley la dispone (como puede ocurrir con la pena de

prisión o reclusión perpetua consagradas como penas únicas para ciertos delitos: homicidios calificados, art. 80, Cód. Penal). Penas divisibles son las que permiten al juez seleccionar la que considera adecuada entre distintas magnitudes, observando los máximos y mínimos fijados por la ley; normalmente las penas temporales tienen en nuestro derecho esa característica.

Penas *accesorias* son las que no pueden aplicarse en forma autónoma, sino que tienen que ir acompañando a una pena principal de cuya existencia dependen. Entre nosotros encontramos la inhabilitación accesoria absoluta (art. 12, C.P.) y el decomiso de los efectos e instrumentos del delito (art. 23, C.P.), que expondremos más adelante.

Las penas pueden ser o no *paralelas*. Son paralelas cuando el legislador prevé para el delito penas de distinta naturaleza y ellas pueden funcionar como *alternativas* o *conjuntas*; funcionan como alternativas cuando el juez tiene que elegir entre una u otra de las penas previstas, pero no puede imponer todas ellas a la vez (p.ej., en el art. 94, C.P., tiene que elegir entre la prisión y la multa); funcionan como conjuntas cuando las distintas penas previstas deben imponerse acumulativamente (p.ej., art. 256); a veces hay tipos (como el art. 94, que hemos citado), que contemplan a la vez penas alternativas y penas conjuntas; en el caso citado la inhabilitación funciona de este último modo.

§ 405. ***Cómputo de la prisión preventiva.*** – Como se sabe, el período de prisión preventiva es aquel en que el agente sufre detención (encierro) como medida de seguridad procesal (tiene por objeto asegurar la persona del imputado a los fines del cumplimiento de una eventual pena privativa de libertad), hasta que aquél queda liberado por un procedimiento excarcelatorio ("libertad provisional"), o hasta que la sentencia de condena pasa en autoridad de cosa juzgada y comienza a ejecutarse la pena correspondiente. El juez, en cualquier caso, tiene que declarar la fecha de extinción de las penas privativas de libertad o de inhabilitación o el monto de multa que efectivamente debe pagar el condenado, para lo cual habrá de realizar un "cómputo", excluyendo de la pena a cumplir efectivamente

en el futuro el tiempo pasado en prisión preventiva. Dicho cómputo es integrativo de la sentencia, aunque normalmente se realiza por un acto procesal (resolución) posterior, una vez que se han completado los datos necesarios para llevarlo a cabo (entre otros, la fecha en que la sentencia queda firme). La forma en que debe ser deducido el tiempo de preventiva sufrida está reglamentada por el art. 24, Cód. Penal.

Si la condena dispone una pena *privativa de libertad*, dos días de prisión preventiva equivalen a uno de reclusión y un día de prisión preventiva equivale a uno de prisión.

Se presentan, sin embargo, algunas situaciones procesales que pueden plantear dificultades. Cuando la prisión preventiva ha sido cumplida en un proceso en que se investigaban y juzgaban distintos hechos (originariamente englobados en la misma causa o por razones de acumulación de las distintas causas), aquélla debe computarse para la condena dictada con referencia a cualquiera de esos hechos, aunque en definitiva el juzgamiento se haya producido en sentencias distintas (como puede ocurrir en el caso de un desglose posterior por razones de competencia u otros motivos).

Puede ocurrir, también, que sobre el mismo sujeto se hayan dictado distintas prisiones preventivas en otros varios procesos, pero que todas ellas se cumplan con la misma detención (encierro): el procesado se encuentra ya detenido, cumpliendo prisión preventiva en una causa y mientras ésta transcurre, se le imponen otras prisiones preventivas en otras causas; entonces el encierro "común" –por medio del cual se cumplen las distintas prisiones preventivas– debe ser computado en cada una de las sentencias recaídas según el tiempo que corresponda (desde el dictado de la respectiva prisión preventiva). Pero lo que se computa es el tiempo "común", por lo que respecto de una prisión preventiva impuesta con posterioridad a otra, en la sentencia que corresponde a aquélla no se computa el tiempo pasado en prisión preventiva por la disposición de esta última causa (como puede ocurrir en el caso de quien, encontrándose en prisión preventiva, comete un nuevo delito en el lugar de encierro).

Cuando hay una acumulación de penas privativas de libertad (art. 58, C.P.) también se acumulará la totalidad del tiempo de prisión preventiva de las distintas causas para ser computado y deducido de la pena unificada.

Una cuestión qué no resuelve expresamente la ley es la de saber qué ocurre con la prisión preventiva si el procesado, cumpliéndola, se torna enajenado. El art. 25, C.P., sólo resuelve la

hipótesis con relación al cumplimiento de la pena, disponiendo que "si durante la condena el procesado se volviere loco, el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena", pero nada dice sobre lo que ocurre en la misma situación con el cómputo de la prisión preventiva en cuyo transcurso se produjo igual circunstancia. Comúnmente los códigos procesales disponen que, en ese caso, el proceso se suspende hasta que el procesado recupere sus facultades (sin perjuicio, por supuesto, de la aplicación del instituto de la prescripción); ¿implica tal disposición que también se "suspende" el cumplimiento de la prisión preventiva? Parece que no; si el procesado enajenado sigue en encierro, aunque sea con una internación a los fines de su tratamiento, la solución lógica es considerar que dicho encierro tiene que ser computado como prisión preventiva. Por otro lado, dogmáticamente ésa sería la solución correcta, ya que, argumentalmente, ella se apoya en la finalidad perseguida por el art. 25, C.P., que hemos citado.

Si la condena dispone una *pena de multa*, un día de prisión preventiva equivaldrá a una cantidad de multa que el juez determinará entre el mínimo y el máximo que el mismo art. 24 impone (que, por supuesto, han sido objeto de múltiples leyes de "ajuste", a causa de los cambios de signos monetarios, valores de la moneda, etcétera). Trátase entonces de una tarea jurisdiccional parecida a la de especificación del día-multa: el juez asigna –dentro de los máximos y mínimos legales de la norma– el "valor" equivalente al día de prisión preventiva, y la suma que resulte de la multiplicación de dicho valor por los días cumplidos en prisión preventiva se deducirá de lo que el condenado tenga que pagar por la multa impuesta.

Así ocurre aunque la prisión preventiva se haya impuesto por un delito que no fuera el mismo por el cual se lo condena, siempre que se trate, claro está, del mismo proceso. Por ejemplo, si en el mismo proceso se juzgaban dos delitos, uno de ellos que habilitaba el pronunciamiento de la prisión preventiva (p.ej., lesiones dolosas) y otro sólo castigado con multa (p.ej., malversación culposa del art. 262, C.P.; aclarándose que por lo común los códigos procesales no habilitan la imposición de la prisión preventiva en estos casos); siendo absuelto el procesado por el primer delito y condenado por el segundo, sería totalmente injusto no computar aquella prisión preventiva. Con mayor razón ocurrirá así cuando el cambio de calificación sea lo que dé lugar a la pena de multa (procesado por lesiones graves del art. 90, C.P.,

que termina siendo condenado por lesiones culposas del art. 94, Cód. Penal).

Puede ser dudoso el caso en que la condena dispone una pena privativa de libertad por un delito y una pena de multa por otro; sin embargo, el cómputo de la prisión preventiva tendrá que referirse a la pena privativa de libertad y no deducirla también de la de multa, pues produciría un "doble efecto" inadmisible.

Cuando la sentencia impone una *pena de inhabilitación* como pena única, la cuestión también está taxativamente resuelta por el art. 24, C.P.: por un día de prisión preventiva se computan dos de inhabilitación. Pero si la inhabilitación ha sido dispuesta como pena conjunta con una privativa de libertad o con una de multa, la prisión preventiva se computará sobre éstas, no sobre la inhabilitación, para que no se dé el "doble efecto" a que antes nos referíamos.

Con todo, esta solución deja un resquicio de duda: bien puede ocurrir que, realizado el cómputo, la prisión preventiva exceda la pena privativa de libertad o la de multa dispuestas por la sentencia. Entonces, ¿puede computarse el exceso de prisión preventiva cumplido con el fin de ser deducido del tiempo de inhabilitación? Núñez sostiene que esto es posible porque ninguna norma lo prohíbe y con ello no se haría más que aplicar el contenido de la fórmula del art. 24; tal solución, además de equitativa, será, en la mayor parte de las hipótesis, absolutamente lógica, ya que normalmente durante la prisión preventiva el procesado no habrá podido ejercer la actividad vedada por la inhabilitación.

§ 406. *Extinción de la pena.* – Por supuesto que, normalmente, la pena se extingue por el cumplimiento: cuando se llega al término final de la pena temporal privativa de libertad o de inhabilitación, o se paga la multa impuesta o se atiende a ella por alguno de los procedimientos sustitutivos. Pero pueden darse circunstancias que la extingan antes de su cumplimiento, ya mientras se la está ejecutando, ya si existiendo sentencia firme no se la ha comenzado a ejecutar; a esas causales de extinción nos referiremos aquí.

a) *Muerte del condenado.* Aunque no es una de las enunciadas expresamente por la ley argentina, su efecto en tal

sentido no puede desconocerse. Si aquí la mencionamos es por las dudas que, como vimos, ha suscitado en nuestra doctrina la pena de multa, especialmente en algunos derechos penales especiales, en los que algunos autores –y parte de la jurisprudencia– consideraron que era transmisible a los herederos del condenado, haciéndola incidir sobre su patrimonio y no sólo sobre su persona; sin embargo, ya hemos advertido que el principio de individualidad (personalidad) de la pena, impide también respecto de ella una tal conclusión: la pena de multa, como la privativa de libertad y la inhabilitación, se extingue con la muerte del condenado.

b) *Amnistía*. Está prevista por el art. 61, C.P., como causal de extinción de la pena ("hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares"). Por supuesto que a ella, como causal de extinción de la pena, le son aplicables todos los requisitos que son exigibles como causal de extinción de la acción.

c) *Prescripción*. Es la extinción de la pena por el transcurso de un tiempo dado, fijado por la ley, sin que se la ejecute, lo cual puede ocurrir, como dijimos, tanto cuando no ha comenzado a ejecutarse, como cuando la ejecución se ha visto interrumpida por cualquier causa (art. 66, Cód. Penal). Todas las penas prescriben menos la de inhabilitación.

> La imprescriptibilidad de la pena de inhabilitación, que dogmáticamente se infiere de su falta de enunciación en el art. 65, C.P., es una consecuencia lógica de su propia naturaleza, puesto que comienza a ejecutarse por sí misma una vez que está firme la sentencia de condena; desde ese momento, si el condenado sigue realizando la actividad prohibida lo hace ilegítimamente; por tanto, no se puede decir que la ejerce jurídicamente, con lo cual la inhabilitación sigue en ejecución.

Los plazos de prescripción de la pena se hallan establecidos en el art. 65, C.P.: los de reclusión y prisión perpetua prescriben a los veinte años y los de reclusión o prisión temporales en un tiempo igual al establecido por la condena; la multa prescribe a los dos años. Para determinar el *término inicial* de dichos plazos hay que distinguir si la pena ha comenzado o no a ejecutarse (una vez pronunciada la condena, por supuesto): si

la pena no ha comenzado a ejecutarse (a "cumplirse"), dicho término "es la medianoche del día en que se notificare al reo la sentencia firme"; en verdad, a nuestro juicio, ese término aparece cuando la sentencia está firme, aunque la firmeza la haya alcanzado con posterioridad a la notificación al condenado; procesalmente es lo que normalmente ocurre y la sentencia que no está firme no se puede ejecutar hasta que alcance ese estado; por tanto, lo que la norma quiere decir es que el plazo de la prescripción empieza a contarse desde la medianoche en que la sentencia, notificada al reo, ha quedado firme; para determinar ese término inicial no se toma como "curso de cumplimiento" la prisión preventiva que se ha sufrido anteriormente. Si la pena ha comenzado a cumplirse después de que la sentencia ha quedado firme, el plazo se cuenta a partir del momento en que el cumplimiento se ve interrumpido, es decir, desde la medianoche del día en que la condena se "quebrantó" por cualquier causa (p.ej., evasión; si la evasión se produce antes de que la sentencia haya quedado firme, aunque el procesado estuviese notificado de ella, la prescripción deberá ser referida a la acción, no a la pena). Ésta es la reglamentación establecida por el art. 66, Cód. Penal.

No son pocas las cuestiones particulares que se presentan en la fijación del término inicial del plazo de prescripción de la pena. Entre ellos el que plantea la sentencia que es recurrida por modos extraordinarios, es decir que ya no acepta los recursos "ordinarios", aunque fuesen "excepcionales" (como el de casación o de inaplicabilidad de la doctrina legal), sino sólo los que pueden tener por efecto exclusivamente la anulación de la sentencia (p.ej., el recurso de inconstitucionalidad), sin perjuicio de que el mismo tribunal pronuncie la que corresponde en su reemplazo. Cuando el recurso extraordinario se declara procedente y se anula la sentencia pronunciándose otra, es lógico que el plazo empiece a contarse a partir de ésta, pero, cuando no es concedido o se rechaza manteniéndose la vigencia de la sentencia atacada, no es a partir de la notificación al condenado de la resolución denegatoria cuando comienza a computarse, sino desde el momento en que quedó firme la sentencia recurrida, salvo que el tribunal que entiende en el recurso extraordinario haya suspendido su ejecución o que una disposición expresa de la ley impida ejecutar la sentencia hasta que recaiga resolución en el recurso, pues en estos casos es la misma ley la que no permite alcanzar firmeza

a la sentencia dictada y recurrida (en consideración a estos efectos del recurso afirma Núñez que el plazo empieza a contarse desde que la denegación de aquél ha sido notificada al procesado).

Con respecto a la pena que ha comenzado a ejecutarse, si bien las privativas de libertad no plantearán mayores problemas en cuanto a su quebrantamiento, sí aparecerán en la de multa cuando ella sea ejecutada por medio de su pago en cuotas o con prestaciones de servicios que dejan de ser pagadas o cumplidos; alguna jurisprudencia ha considerado que entonces el plazo comienza "desde que se hace efectivo el apercibimiento de que se convertirá la multa en prisión por el quebrantamiento de la condena", pero tal apercibimiento no es un requisito exigido por la ley para que comience el curso de la prescripción, por lo cual se lo comenzará a contar desde la medianoche del día en que debiéndose abonar la cuota, no se lo hizo o en que el servicio que debía prestarse no se prestó o se interrumpió su prestación.

Asimismo, se plantean otras cuestiones especiales dudosas. En el caso de pluralidad de penas que no se han unificado (p.ej., en el caso del condenado en distintas "jurisdicciones" sin que se haya demandado la unificación), las opiniones no son coincidentes: según unos las prescripciones de las distintas penas impuestas en las varias condenas funcionan separadamente; por consiguiente, si el condenado está cumpliendo una de las penas impuestas y por ese motivo no cumple las otras, la prescripción corre igualmente con referencia a éstas; para otros aquel cumplimiento es causa de suspensión de la prescripción de las penas que no empiezan a cumplirse, con lo cual, prácticamente, el plazo de prescripción se computará conforme a la suma de todas las penas impuestas, aunque no se haya producido la unificación de conformidad con el art. 58, C.P. (Núñez); la solución de este problema dependerá del criterio que se adopte con respecto a la suspensión de la prescripción de la pena (si un obstáculo legal –como puede ser el cumplimiento de otra pena– es o no causa de suspensión).

Cuando se han impuesto penas paralelas *conjuntas*, las soluciones propuestas tampoco son uniformes. Para unos (Vera Barros), el plazo de prescripción se rige por el correspondiente al de la pena más grave (según el orden establecido por el art. 5°, C.P.), aunque no sea el plazo mayor (p.ej., si se condenó a seis meses de prisión y cien australes de multa, el plazo de prescripción será de seis meses por aplicación del art. 65, inc. 3°, C.P. y no de dos años por aplicación del inc. 4°); para otros la prescripción se rige por el plazo mayor, aunque no corresponda a la pena de mayor gravedad (Soler, Núñez; p.ej., en el caso anterior el plazo de prescripción será de dos años, es decir, se aplicará el inc. 4° del art. 65, Cód. Penal).

En cuanto a la *suspensión e interrupción* del plazo de prescripción de la pena, el derecho penal argentino no contendría una norma expresa, ya que la redacción del art. 67, C.P., da lugar a pensar que se refiere exclusivamente a la prescripción de la acción procesal penal. Sin embargo, tanto su ubicación sistemática como el argumento que surge de "la armónica inteligencia del sistema legal positivo" (Núñez), hacen pensar que esos institutos rigen también para la prescripción de la pena –criterio que ha sido mantenido por la jurisprudencia de la Corte Suprema–, aunque las causales enunciadas en el art. 67 tendrán que ser adecuadas a la particular naturaleza de dicha prescripción. La suspensión se daría en todos los casos en que, por imperio de la ley, se impida temporalmente la ejecución de la pena, como sería el ya visto del condenado que cumple una pena y por esa razón no puede cumplir con otras no unificadas, o cuando el mismo, antes de comenzar la ejecución, ha tenido que ser entregado a otro tribunal donde se lo procesa por otra causa distinta (aunque, en sentido figurado, se trataría de una "cuestión previa" a la ejecución). En cuanto a la interrupción ella sólo se produciría, claro está, por la comisión de otro delito (art. 67, párr. 4°, Cód. Penal).

Tiene que quedar en claro que si bien el párr. 3° del art. 67, C.P. (según ley 23.077), es inaplicable por disposición de la propia ley a la prescripción de la pena –expresamente se refiere a la aplicación de la "acción penal correspondiente"–, resulta asimismo inaplicable el párr. 2°, ya que su razón de ser sólo puede referirse a la prescripción de dicha acción.

En cuanto al *carácter* de la prescripción de la pena, con el argumento de que no se trata de un derecho del condenado, sino de la pérdida de un derecho por parte del Estado (Núñez), se insiste en que la declaración de ella procede de oficio y no puede ser rechazada por él; en cuanto se relaciona con el *ius puniendi*, es indudable que no puede tener relieve alguno la pretensión contraria al beneficio –jurídicamente no reconocida– por parte de quien lo recibe.

El sujeto condenado puede, claro está, intervenir en el debate sobre su procedencia –conforme a la garantía del derecho de defensa en juicio– y no vemos obstáculos para que –aun en contra de lo que se puede considerar que es su interés– impugne una

resolución favorable a la declaración de la prescripción, en el muy hipotético caso de que ella pueda causarle un agravio en otros derechos que le pertenezcan (p.ej., en casos de unificación); lo que el condenado no puede hacer es rechazar la declaración de prescripción por el solo deseo de cumplir la pena (cualquiera que fuese la motivación de dicha actitud).

También se ha llegado a debatir la necesariedad de la intervención del ministerio fiscal en el incidente de prescripción de la pena, pues si bien como titular de la acción procesal penal, esa intervención es imprescindible en la prescripción de ésta –salvo cuando se trata de un delito de acción privada–, ello puede no ocurrir respecto de la prescripción de la pena; en realidad todo depende del sistema procesal orgánico y de las funciones que él asigne al fiscal: en cuanto éste intervenga en la supervisión del cumplimiento de la pena, su participación en el incidente será necesaria.

d) *Indulto.* Es la facultad otorgada a los poderes políticos del Estado (en el orden nacional y en la generalidad de las constituciones provinciales se la asigna al Poder Ejecutivo) de declarar extinguida la pena impuesta o de disminuirla por razones de oportunidad (políticas) o de equidad. En el último caso, es decir, cuando la facultad se ejerce limitadamente a la disminución de la pena, en la terminología constitucional responde a la denominación de *conmutación* (p.ej., art. 86, inc. 6º, Const. Nacional). En nuestro derecho penal el indulto está expresamente previsto como causa de extinción de la pena: "El indulto del reo extinguirá la pena y sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares" (art. 68, Cód. Penal).

Los "efectos" que extingue el indulto juntamente con la pena principal impuesta son las penas e inhabilidades accesorias que acompañan a ella por aplicación del art. 12, C.P., pero no hace desaparecer la condena misma como pronunciamiento jurisdiccional firme; pese al indulto, el condenado sigue siéndolo con todas las consecuencias que ese carácter produce: la condena cuya pena se ha indultado, operará como obstáculo a la condena condicional (art. 26, C.P.), como requisito para la declaración de reincidencia si se ha alcanzado a ejecutar parcialmente (art. 50, C.P.) o para la internación indeterminada (art. 52, C.P.) en el mismo caso. Por otra parte, se considera que la penalidad accesoria de decomiso de los instrumentos y

efectos del delito (art. 23, C.P.) no queda comprendida dentro de aquellos "efectos", por lo que respecto de ellos quedará vigente.

De las expresiones de las fórmulas constitucionales (art. 86, inc. 6°, C.N.) y legales (art. 68, C.P.), según lo que acabamos de exponer, surge que el indulto se limita a ser causa de extinción de la pena, que no lo es de la acción procesal penal y que, por consiguiente, es inaplicable cuando aún no media sentencia firme, es decir, cuando todavía no existe pena. Sin embargo, una y otra vez han insistido los Poderes Ejecutivos en hacer uso de esa facultad cuando el proceso está en curso, proceder que ha llegado a ser convalidado por fallos de la Corte Suprema de Justicia.

e) *Perdón del ofendido.* Es causa de extinción de la pena impuesta por delitos de acción privada (enunciados en el art. 73, C.P.), según lo dispone el art. 69, Cód. Penal. Para que produzca tal efecto el perdón tiene que ser expreso y estar integrado jurisdiccionalmente, lo cual requiere que se produzca ante el juez o tribunal que dictó la sentencia condenatoria; dichos efectos, en caso de pluralidad de sujetos activos condenados, se producen respecto de todos ellos, aunque el perdón se haya formulado respecto de uno o algunos de ellos (art. 69, párr. 2°, Cód. Penal).

Cuando han sido varios los ofendidos que hubiesen actuado como actores en el proceso en que se produjo la sentencia, el perdón debe ser formulado por todos ellos, careciendo de poder para producir la consecuencia extintiva el realizado por uno o algunos de ellos (la ley habla de "parte ofendida", que implica la referencia a la pluralidad de los que actuaron en tal carácter).

f) *La muerte del cónyuge ofendido en el delito de adulterio (artículo 118, Código Penal).* No sólo opera como causa de extinción de la acción procesal penal, sino también de la pena ("hace cesar la ejecución de la pena", dice el art. 74, párr. 3°, Cód. Penal).. Los términos con que el Código Penal dispone tal efecto han planteado discrepancias, ya que, para algunos, la pena subsistiría aunque no se la ejecute (o se la deje de ejecutar); sin embargo, como hemos visto, en todos los casos de extinción de la pena –salvo en el caso de la amnistía– lo

que subsiste es la condena, no la pena como tal en cuanto deja de ejecutarse, y no se ve la razón para variar dicho criterio con relación a la causal que ahora exponemos.

g) *Casamiento con la ofendida en los casos del artículo 132, Código Penal.* Ha suscitado ciertas dudas. La ley dispone que "quedará *exento de pena* el delincuente si se casare con la ofendida", con lo cual, como vimos, se describe una excusa absolutoria que impide la aplicación de la pena. El hecho de que una pena ya impuesta deje de ejecutarse (que es lo que en principio ocurre en los casos de extinción de la pena), no indica que el autor haya quedado *exento de pena*, ya que, por el contrario, *ha sido penado*; siguiendo esta idea, afirma una parte de la doctrina que la sentencia firme obstaculiza la aplicación del art. 132, C.P., y, por tanto, que las injusticias que de ello se sigan tienen que ser corregidas por la vía política del indulto, lo que, por supuesto, no deja de ser conflictivo; por esa razón no pocas veces los tribunales han extendido la norma haciéndola comprender los casos en que media sentencia firme, convirtiendo la excusa absolutoria en una causal de extinción de la pena.

B) Medidas de seguridad

§ 407. ***Sus fundamentos y la propuesta de unificación con la pena.*** – Hemos visto en la introducción cómo las medidas de seguridad se apoyan en la *peligrosidad* del sujeto y no en su culpabilidad, por lo cual se mantiene su distinción con la pena; señalamos, asimismo, que si en un momento dado se propugnó su unificación por considerar que era la medida de seguridad y no la pena la consecuencia "útil" del delito (positivismo), hoy se ha vuelto a proponer esa unificación, reivindicando la unidad de finalidad (la "corrección" del delincuente por medio de la cual se cumple el fin de defensa social) y, en parte, negando la distinta fundamentación (a partir de la revisión del libre arbitrio como base del elemento culpabilidad); no obstante, esta propuesta de unificación tampoco ha tenido éxito y, en nuestro derecho no cabe duda de que el criterio dualista está muy bien delineado: en principio, las medidas de seguridad se

aplican en base a la *peligrosidad* a agentes que jurídicamente están incapacitados para ser receptores de la pena, precisamente porque faltan en ellos los requisitos de la culpabilidad, con lo cual, respecto de aquéllas, el delito deja de ser la razón de la imposición para convertirse en circunstancia ocasional de imposición, a diferencia de lo que ocurre con ésta, aunque, en algunos casos, como el del art. 52, C.P., ambos fundamentos se superponen y confunden, no siendo sencillo distinguirlos (Soler).

§ 408. ***Las medidas de seguridad en el derecho penal argentino.*** – Se suelen distinguir medidas de seguridad *curativas*, *educativas* y *eliminatorias*. Se considera que en nuestro régimen las primeras corresponden a las previstas en el art. 34, inc. 1°, C.P.; las segundas a las previstas para los menores, y las terceras sólo encuentran lugar en el art. 52, C.P., citado; pero esa correspondencia no es tan estricta, por lo cual es preferible referirse a los distintos regímenes previstos según las características de los agentes particulares.

§ 409. ***Medidas de seguridad previstas por el artículo 34, inciso 1°, Código Penal.*** – Ya hicimos referencia a ellas en la teoría del delito. Señalábamos entonces cómo se distinguen las que pueden aplicarse a los inimputables por "enajenación" (art. 34, inc. 1°, párr. 2°) o por otras causas (art. 34, inc. 1°, párr. 3°) y cuál es la "peligrosidad" a que dichas normas se refieren.

El citado párr. 2°, que dispone la internación en un manicomio del "enajenado", tal como aparece en la fórmula legal, es prácticamente una "facultad" del juez; ni siquiera exige que éste se fundamente en dictámenes de peritos para ordenarla (aunque sí lo requiere para hacerla cesar), sin embargo, no se trata de una "facultad arbitraria": el juez tendrá que apoyarla en un diagnóstico serio, por lo cual el dictamen de peritos de cualquier modo no dejará de ser un dato fundamental a tener en cuenta, aunque la ley no lo requiere taxativamente; además, la intervención del ministerio fiscal será necesaria; si la ley no se refiere a ella es porque la da por sentada en el proceso que termina con la disposición de la medida de seguridad; en realidad, el carácter facultativo significa la posibilidad de no impo-

ner la medida estimando el juez, por sí mismo, que no se dan las circunstancias que hacen imprescindible la internación en manicomio, pese a ser contrario el dictamen de los peritos. La ley se preocupa más por regular los recaudos para la cesación de la medida, reclamando expresamente la intervención del fiscal y el previo dictamen de peritos, "que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás", o sea, no sólo se requiere el previo dictamen, sino también un determinado contenido de él, con lo que, en principio, si el dictamen afirma la persistencia del peligro, el juez no podrá disponer la cesación.

Para los casos que no son de "enajenación", el párr. 3º dispone el "encierro" (internamiento; la norma utiliza en una acepción vulgar la expresión "reclusión") en "establecimiento adecuado", es decir, en cualquier establecimiento que sirva para el tratamiento del sujeto con respecto a la causa por la cual se aplica la medida, teniendo en cuenta la "peligrosidad" de él. Que ésta sea, asimismo, el fundamento de aquélla no se puede poner en duda, ya que sólo se la puede hacer cesar cuando hayan desaparecido "las condiciones que lo hicieren peligroso". Varios son los problemas que esta norma plantea; el primero es el de discriminar a qué sujetos se puede aplicar la medida de seguridad; Gómez pensaba que a cualquiera que, no siendo "enajenado", no mereciera la pena por imperio del art. 34, inc. 1º, párr. 1º, o sea que también podía recaer sobre quien hubiese sido absuelto por haber actuado con error; pero la doctrina mayoritaria desechó tal interpretación, indicando que la medida únicamente podía justificarse para casos de inimputabilidad (no de inculpabilidad), no procedentes de alteraciones de facultades constitutivas de "enajenación", como podían ser los de inconsciencia (p.ej., inconsciencia del ebrio consuetudinario, del toxicómano, etc.), en cuanto pudiesen dar lugar a un "tratamiento", y de este modo lo han interpretado los tribunales. Lo que llama la atención es que la norma parece hacer obligatoria la medida ("el juez ordenará", dice), señalando una exigencia que se tornaría incongruente con las del párr. 2º; pero esa imposición debe entenderse como tal cuando se da la comprobación de la peligrosidad del sujeto, según surge del motivo de cesación, con lo cual las situaciones en uno y

otro caso legal no serán del todo diferentes. En cuanto a la cesación, la circunstancia de que no se exija el dictamen de peritos se explica, así como que dicho dictamen no sea indispensable para disponer la medida, ya que en la mayor parte de los casos en que es posible disponerla el juez puede llegar al convencimiento de la "peligrosidad" del sujeto por datos de distinta procedencia y lo mismo puede decirse con referencia a la desaparición de las condiciones de peligrosidad, aunque esto último es mucho más difícil (p.ej., la peligrosidad, puede provenir de la repetición de hechos delictivos de la misma naturaleza, pero la remisión de dicha peligrosidad, habiendo estado "internado" el sujeto, es casi imposible obtenerla de otra forma que no sea la información de quienes dirigieron el tratamiento).

§ 410. *LAS MEDIDAS EN LA LEY QUE REPRIME EL TRÁFICO DE DROGAS**. – La actual ley 23.737 (B.O., 11/10/89), a diferencia de la anterior 20.771, prevé además de medidas curativas, medidas educativas. El art. 16, siguiendo el criterio de su precedente (art. 9º, ley 20.771) legisla sobre la medida de seguridad que se aplicará complementariamente con la pena que corresponda a quien habiendo cometido cualquier tipo de delito, apartándose en este sentido de los proyectos que sólo la regulaban para infracciones contempladas en el propio régimen (Moras Mon), dependiesen física o psíquicamente del consumo de estupefaciente.

Se diferencia de su antecedente en que en la actual previsión la medida tiene una duración indeterminada, ciñéndose a la propia naturaleza de las mismas. Con anterioridad, si bien se enunciaba en forma expresa tal característica, no podía sin embargo sobrepasar a la pena impuesta en el caso. Se pone fin a las opiniones dispares que se habían suscitado ante la advertida necesidad de realmente rehabilitar a la persona, con independencia de si había expirado el término de la pena, sobre lo que dimos noticia en la primera edición. El período de tratamiento en el caso que nos ocupa, siendo previo al cumpli-

* Por el profesor Enrique García Vitor.

miento de la pena, se tiene en cuenta a los fines del cómputo para su duración.

Dando igualmente solución a cuestionamientos que se habían formulado al texto anterior, la reforma autoriza la aplicación preventiva del tratamiento a procesados dependientes, siendo requisito que éstos presten su libre consentimiento o que exista peligro de que se dañen a sí mismos o a los demás.

Es oportuno reiterar en esta ocasión las prevenciones que deparan estas medidas compartidas con las penas. Siempre he pensado que la distinta naturaleza hace incompatible su coexistencia. *Para ello tengo en consideración que el tratamiento es* una obligación inherente a la autoridad penitenciaria que deberá suministrar siempre, a procesados o condenados que dependiendo física o psíquicamente del consumo de estupefacientes es un enfermo, sin necesidad de la existencia de la mentada medida. Para ello, inclusive, puede contar con establecimientos especializados. Lo que sí aparece como adecuado, es la medida curativa que se introduce en el art. 17 para los supuestos de tenencia de pequeñas cantidades de estupefacientes para consumo personal (art. 14, parte 2ª) por parte de quienes dependan física o psíquicamente de ellos, la que se impone una vez declarada la culpabilidad y por el tiempo necesario que demanden la desintoxicación y rehabilitación. En estos casos si el tratamiento es satisfactorio, se lo exime de aplicación de pena. En caso contrario, transcurridos dos años y mediando falta de colaboración, se le aplicará la pena y continuará con la medida de seguridad o solamente con esta última. La medida en este supuesto, fue un reclamo permanente de la doctrina y jurisprudencia que con anterioridad solamente se encontraba con la respuesta de la prisión y multa, lo que, desde mi punto de vista y por su irracionalidad, fue una de las causas motivantes de la declaración de inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 20.771.

El art. 18 prevé la aplicación de la medida a procesados, con su consentimiento, en el mismo caso de la anterior, siendo requisitos la acreditación por semiplena prueba del delito y de la responsabilidad, suspendiéndose el trámite del sumario en el que se dictará sobreseimiento definitivo si se acredita el resultado satisfactorio del tratamiento. Cuando por falta de cola-

boración del procesado no se alcance un grado aceptable de recuperación se continuará el trámite en la causa, pudiéndose aplicar la pena y continuar con la medida por el tiempo necesario o solamente por esta. Es una suerte de "Probation", cuya resolución en favor del procesado no depende de la comisión de otro hecho ilícito, sino del grado de colaboración que evidencie en su propia recuperación.

La medida curativa que tiene por fin la desintoxicación y rehabilitación (que en el caso del art. 16 cesa previo dictamen de peritos que así lo aconsejen) se cumplirá en establecimientos especializados que deberán ser habilitados por la autoridad sanitaria y estará dirigida por un equipo de técnicos, siendo ejercitable en forma ambulatoria, con internación o alternadamente. Los servicios penitenciarios provinciales y el federal deberán contar con lugares para el tratamiento en cada unidad.

En la determinación del tratamiento interviene el juez con asesoramiento de peritos distinguiendo desde el inicio entre quienes hacen indebido uso de estupefacientes y los adictos a los mismos. Sobre las medidas de seguridad curativas a los adictos tenedores, léanse las opiniones vertidas en la ponencia presentada a las XI Jornadas Nacionales de Derecho Penal (*Cuadernos II*, p. 119 y ss.) en las que nos pronunciamos sobre su necesaria sanción.

Se ha previsto igualmente una medida educativa para el que, siendo un simple principiante o experimentador en el consumo de estupefacientes, tuviese pequeñas cantidades para consumo personal, sustituyéndose la pena por un tratamiento de una duración *mínima* de tres meses, y en cuyo diseño intervendrá la autoridad educativa nacional o provincial. El juez fijará la forma y modo en que se desarrollará esta medida, que deja en suspenso la pena pendiente de un resultado satisfactorio que de no concretarse supone el cumplimiento de aquella en la forma fijada en la sentencia.

§ 411. *MEDIDA DE RECLUSIÓN POR TIEMPO INDETERMINADO.* – La doctrina considera medidas eliminatorias aquellas que tienen por finalidad excluir del tráfico social por un plazo más o menos prolongado, por lo común indeterminado, a los autores de delitos que han revelado en ellos una peligrosidad cri-

minal de carácter intenso. En nuestro derecho, la única medida a que puede atribuírsele tal calificación es la dispuesta por el art. 52, C.P., que –después de la reforma operada por la ley 23.057– asigna "reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores: 1°) Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años. 2°) Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores".

El hecho de que las penas tengan que "mediar" y ser "anteriores" indica que el número y calidad de ellas requerido por la ley no se cumple con la condena en que se impone la accesoria; ésta sólo procede en aplicación conjunta con otra nueva pena impuesta en la condena siguiente a aquella con la cual el sujeto alcanzó dicho número, o sea cuando recae, sobre el condenado que ya reunía las condiciones de los incs. 1° o 2°, una nueva condena. Por otro lado, la circunstancia de que hoy se catalogue el instituto como de "reincidencia múltiple", indica que, entre las distintas penas que integran el número requerido, tiene que mediar una relación de reincidencia en los términos del art. 50, Cód. Penal.

> La reforma, indudablemente influida por las modernas tendencias críticas sobre la privación de libertad y, sobre todo, deseosa de excluir los vestigios de "estigmatización" del delincuente, ha convertido en extraordinariamente difícil la aplicación de la medida de que hablamos en lo cual se conjugan la exigencia que dejamos dicha y la desinformación sobre la vida del delincuente consagrada por el nuevo art. 51, C.P., también según la fórmula introducida por la ley 23.057.

Pero cuando hay que aplicar por primera vez la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, "los tribunales podrán, por única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el art. 26" (art. 52, párr. 2°, C.P.); o sea, el juez deberá aplicar los mismos criterios "personales" que para conceder la condenación condicional: personalidad moral del condenado, motivos que lo impulsaron a delinquir, etcétera.

La medida se cumple con el encierro propio de la reclusión, salvo que se trate de alguna de las personas comprendidas

en el art. 7º, C.P., a las que sólo se les puede imponer un régimen de prisión, aunque la salvedad no tiene consecuencia práctica alguna porque, como ya hemos visto, la ley penitenciaria federal ha superado las diferencias de ejecución entre uno y otro régimen. Por otro lado, en una norma de dudosa constitucionalidad, el art. 53, C.P., dispone que la accesoria deberá ser cumplida "en establecimientos federales" (lo que, salvo convenios expresos, no se cumple).

Siendo la imposición de la accesoria por "tiempo indeterminado", cuál es el límite de esta indeterminación lo regula el art. 53, C.P., al disponer el otorgamiento de la *libertad condicional*. Ella procede cuando se ha cumplido un determinado plazo de ejecución de la accesoria; por tanto, dicho plazo se cuenta a partir del momento en que se ha cumplido la pena principal privativa de libertad, y es de cinco años; los requisitos que el recluso tiene que cumplir son los siguientes; *a*) haber observado buena conducta (ya no se trataría del simple cumplimiento de los reglamentos carcelarios, como ocurre en la libertad condicional que se concede al simple penado), demostrando aptitud y hábitos de trabajo y habiendo adoptado actitudes "que permitan suponer verosímilmente que no constituirá un peligro para la sociedad" (aunque para muchos la ley se referiría con ello a la remisión de la peligrosidad criminal del sujeto, para Núñez trátase de un pronóstico de "corregibilidad" más general, lo que se apoya en la mención del peligro para la sociedad); *b*) además, tiene que haber un informe previo de la autoridad penitenciaria, que ilustre al juez sobre esos datos. El tribunal que interviene en la concesión de la libertad condicional es el que dictó la condena en que se impuso la accesoria (la "última condena", dice impropiamente el art. 53), o el que, en su caso, impuso la pena unificada (aunque, por supuesto, dada la naturaleza de la regla, nada empece a que las legislaciones locales otorguen esa competencia a otros tribunales).

El liberado condicional tiene que cumplir todas las condiciones indicadas por el art. 13, C.P.; habiéndolas observado durante cinco años desde el momento de la liberación condicional, podrá solicitar su *libertad definitiva*, que se concederá teniendo en cuenta su actitud durante el período de libertad condicional ("período de prueba"), previo informe del organismo

encargado de vigilarlo durante él; si el tribunal no concede la libertad definitiva, el condenado sigue bajo el régimen de libertad condicional, sin perjuicio de renovar su solicitud. Cuando el liberado condicional ha violado las condiciones compromisorias, la libertad condicional puede ser *revocada* y él devuelto al régimen de encierro, para seguir cumpliendo la accesoria; cuando dicha violación ha recaído sobre las condiciones determinadas por los incs. 1°, 2°, 3° y 5° del art. 13, C.P., sólo cinco años después de su reintegro a ese régimen puede solicitar nuevamente la libertad condicional (art. 53, párr. 1°, C.P.); nada menciona la ley sobre cuál es la consecuencia de la violación de la condición impuesta por el inc. 4° del art. 13, con referencia a la posibilidad de renovar el pedido; en principio, ateniéndose a los términos y exclusiones de la fórmula legal, esa renovación parece jurídicamente imposible, con lo cual la accesoria por tiempo indeterminado se convertiría en perpetua, pero hay que tener presente que el juez que juzga el nuevo delito no "revoca" como tal la anterior accesoria, sino que la impondrá nuevamente, con lo cual la hipótesis de libertad condicional torna a plantearse en los mismos términos del art. 53, párr. 1°, Cód. Penal.

§ 412. ***Reformas de la ley 23.057.*** – La reglamentación que acabamos de explicar proviene de la ley 23.057 que introdujo una importante reforma en el régimen del art. 52, Cód. Penal. En primer lugar, zanjó drásticamente la cuestión sobre la naturaleza de la medida, en la discusión sobre si se trataba de una medida que recaía sobre un "habitual" o sobre un "reincidente", pronunciándose por este último criterio, con lo cual, como vimos, entre las distintas penas tiene que darse necesariamente la relación de reincidencia. Dejó también sin efecto la posibilidad de aplicar la accesoria en hipótesis de concurso de delitos que contenía la ley anterior, con lo cual respondió al anterior criterio. Adoptó posición también sobre la aplicación de la accesoria en el caso de penas unificadas: como ya no se habla de condenas, sino de *penas*, quedaría claro que las distintas penas que han sido unificadas deben computarse como una sola pena a los efectos de completar el número requerido en los dos incisos del art. 52. Al remitir al art. 26, C.P., para fundamentar la suspensión de la aplicación de la accesoria, a nuestro juicio podría plantear problemas interpretativos difíciles de solucionar. Todos estos temas son merecedores de una tarea monográfica, que por nuestra

parte hemos realizado parcialmente (en el opúsculo publicado juntamente con el profesor De Olazábal, *Modificación al Código Penal. Ley 23.057*, 1984).

§ 413. ***Régimen de menores.*** – Este régimen también ha sufrido muchas reformas; ahora está regulado por la ley 22.278 (con otras modificaciones) que prevé como "medida de seguridad", la que puede considerarse "educativa", lo que llama *disposición del menor* que se cumple, según el art. 3º de la ley, en las siguientes circunstancias: custodia del menor por el juez para lograr su formación y protección; restricción del ejercicio de la patria potestad y de la tutela para que pueda operar dicha función del magistrado; en casos determinados la encomienda de la guarda del menor a personas u organismos. Esta *disposición* del menor puede hacerse cesar en cualquier momento y termina "de pleno derecho" cuando alcanza él la mayoría de edad. También cesa cuando el menor es condenado a una pena privativa de libertad (según el art. 4º) y es internado en establecimientos especiales para el cumplimiento de ella (art. 6º).

III. Individualización de la pena

§ 414. ***Concepto.*** – Es el procedimiento por medio del cual la pena abstractamente determinada por la ley se adecua al delito cometido por el concreto autor.

La individualización la realiza el juez en su sentencia (por tanto es *judicial*) en base a las especificaciones del tipo y a las pautas de la Parte General (respecto de los cuales se habla de una individualización *legal*, aunque impropiamente) y se va adecuando a la persona del condenado mediante la ejecución de la pena en procura de su fin de prevención especial (se habla entonces de una individualización *ejecutiva*).

A) Base legal de la individualización judicial de la pena

§ 415. ***Régimen general.*** – Hemos visto que en nuestro sistema –salvo los casos muy especiales de los arts. 20 *bis* y 22

bis, C.P.– cada tipo prevé específicamente la pena correspondiente al delito de que se trata, sin perjuicio de sus modificaciones según las formas particulares de aparición de él reguladas en la Parte General (tentativa, participación). Tales cuestiones han sido expuestas ya a lo largo del texto. Pero, además, la ley prevé un procedimiento que puede considerarse de agravación genérica de las consecuencias de la pena (ya que con las modificaciones que se le han introducido últimamente no se puede sostener que se trate de una agravación de la pena misma) y que es el régimen de la reincidencia.

§ 416. ***Reincidencia. Concepto y requisitos.*** – Según el art. 50, párr. 1°, C.P. (en su redacción actual, ley 23.057), "habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país [o, en ciertos casos, por tribunales extranjeros, como veremos] cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena". Los requisitos de la declaración de reincidencia que se infieren de la regulación total del art. 50, se refieren a la existencia de condena anterior y su cumplimiento; el carácter del delito anterior y del nuevo delito; la condición del autor; el carácter de las penas impuestas y el plazo desde el cumplimiento de la anterior.

Para que haya reincidencia tiene que haber una *condena anterior* firme que haya impuesto una pena privativa de libertad que el condenado haya cumplido "total o parcialmente". Hay, pues, una diferencia esencial entre la reincidencia y la "mera reiteración", ya que ésta se presenta cuando el autor ha cometido sucesivos delitos sin que entre ellos medie sentencia condenatoria "cumplida" (ahora hay mera reiteración si media una sentencia condenatoria con pena no cumplida por lo menos parcialmente), la cual se resuelve, en todo caso, por las reglas del concurso de delitos o de la unificación de las penas. Nuestra ley, que hasta la sanción de la ley 23.057 seguía el régimen de la llamada reincidencia *ficta* (para el que bastaba la existencia de la condena anterior, aunque no se hubiese comenzado a cumplirla, con la única excepción de las condenas pronunciadas por tribunales extranjeros), sigue hoy el de la llamada reincidencia *real* (que requiere el cumplimiento de la

pena anteriormente impuesta), aunque, a nuestro juicio, no con total pureza, como veremos.

El gran problema que ha planteado en nuestra doctrina y jurisprudencia la nueva norma, es qué se considera "cumplimiento parcial" de la pena anteriormente impuesta, y, dentro de él, si en ese cumplimiento puede considerarse comprendido el tiempo sufrido en prisión preventiva. Para unos, dada la indistinción de la ley, esto último tiene que admitirse; para otros –acentuando la interpretación teleológica del instituto– la prisión preventiva tiene que ser descartada como cumplimiento parcial de la pena y hasta se discute si basta cualquier tiempo de cumplimiento o es necesario un tiempo dado: algunos se pronuncian aceptando plazos de días; otros requieren dos tercios de la pena impuesta; hasta ahora no ha habido la menor uniformidad en los pronunciamientos. Lo que sí queda en claro es que la pena tiene que haberse comenzado a cumplir "como pena"; por tanto, cualquier circunstancia que impida la efectivización de ella hace imposible la declaración de reincidencia, ya se trate de una circunstancia jurídica (p.ej., condenación condicional) o no (p.ej., "rebeldía" del condenado), y en esos casos es indudable que la preventiva sufrida no puede tomarse como de cumplimiento "parcial" de aquélla.

Decíamos que el panorama en nuestra *doctrina* y *jurisprudencia* * es sumamente confuso.

Núñez sostiene que, pese a la idea expresada por el senador De la Rúa en el debate parlamentario, el art. 50 nada dice que nos lleve a pensar que no le cabe computar el encarcelamiento preventivo a los fines de considerar reincidente a quien lo ha padecido. En el mismo sentido se han pronunciado Creus - De Olazábal, y el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos en autos: "U. R.-Recurso de revisión ley 23.057" (*JER*, 1987-19-497). El doctor De Olazábal sostuvo su postura en las VI Jornadas Científicas en la Magistratura.

Sin embargo, no ha sido ésta la postura que ha tenido mayor acogida. El senador De la Rúa advirtió en el debate parlamentario que no debe computarse la prisión preventiva como pena efectivamente cumplida a los fines de la reincidencia (Cámara de Senadores de la Nación, sesión del 15/2/84). El criterio se funda en que no se puede asimilar al cumplimiento efectivo de pena del encarcelamiento sufrido por quien antes de la sentencia firme gozaba en su favor de la presunción de inocencia y que podía resul-

* Por el profesor Enrique García Vitor.

tar absuelto. Que ese período de privación de libertad ambulatoria se compute a los fines del cumplimiento en la pena impuesta no autoriza a considerarla hábil a los fines de la reincidencia, puesto que ello importaría interpretar la ley en sentido más gravoso para el condenado (Zaffaroni, Donna, García Vitor).

Encontradas han sido igualmente las opiniones en lo concerniente al lapso de privación de libertad que una persona debe sufrir para ser declarada reincidente por cumplimiento parcial de la pena.

Va de suyo que los que al respecto computaban la prisión preventiva, coherentemente sostendrán que a esos fines bastará tan sólo con un día.

Las otras posturas van desde los que estiman adecuado el cumplimiento por parte del condenado del mínimo legal de la pena privativa de libertad prevista en el Código Penal (Ledesma), hasta los que entienden que es requisito el cumplimiento de las dos terceras partes de la condena con posterioridad al dictado de la sentencia (Zaffaroni, Donna), pasando por la posición del senador De la Rúa del *prudente arbitrio judicial*.

Todas ellas fueron ponderadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "G. D., S.", resuelta el 16/10/86 (*LL*, 19/6/87). El tribunal afirmó que a los fines de la reincidencia, en atención a que el tratamiento penitenciario es sólo un aspecto del fin de prevención especial de la pena, era suficiente contar con el dato objetivo que se hubiese cumplido con una condena anterior a pena privativa de libertad, *con independencia de su duración*. Dice el tribunal: "Si la libertad condicional se concede –como regla– al cumplir el condenado los dos tercios de la pena, pero en ese período se computa el tiempo de la detención y de la prisión preventiva (art. 24, C.P.), resultaría en general casi imposible que se aplicara efectivamente un período de tratamiento penitenciario superior a los dos tercios, porque éste sólo podría comenzar a practicarse a partir de la condena firme, de modo que antes de que se agotara tal período el interno ya habría recuperado su libertad en función del art. 13 del referido Código. Es lógico suponer, que esta consecuencia no ha sido querida por el legislador ya que de lo contrario bastaba con suprimir la reincidencia".

En lo sostenido en la última parte del párrafo transcripto está contenido el aspecto central de la cuestión en debate. La conveniencia o no del mantenimiento de la reincidencia es una cuestión que atañe al legislador y no a los jueces. Bien aclara el Procurador General de la Nación, al dictaminar en los autos referidos, que la interpretación de los efectos cuasi derogatorios de la

norma no se compadece con la intención legislativa de mantener el instituto de la reincidencia dentro del sistema penal argentino, ni con la mejor defensa de la sociedad que la inspira.

La condena anterior puede haber sido pronunciada por un tribunal argentino o extranjero, pero, en este segundo caso, tiene que habérselo hecho por un delito que, según nuestras leyes y los instrumentos internacionales por los que nos regimos, sea de los que den "lugar a extradición" (art. 50, párr. 2°, Cód. Penal).

En cuanto al *carácter de los delitos* (tanto del que motivó la condena anterior como del que motiva la nueva condena), tiene que tratarse de delitos –que no hayan sido *amnistiados* en cuanto a los que motivaron la condena anterior– de derecho común. No quedan comprendidos los delitos políticos ni los "previstos exclusivamente por el Código de Justicia Militar" (art. 50, párr. 3°). En cuanto a los delitos políticos, ya hemos visto lo que se puede entender por ellos. En cuanto a lo segundo, la nueva fórmula legal no ha hecho más que ratificar la interpretación preponderante durante la vigencia de la anterior (que hablaba de "delitos militares") en el sentido de que no queda excluido cualquier delito que por razones de competencia tenga que ser juzgado por tribunales castrenses, sino los "exclusivamente militares", es decir, los que no tienen un correlato en el Código Penal y leyes penales especiales (p.ej., un hurto o un homicidio, aunque hayan sido objeto de juzgamiento castrense, no dejarán de funcionar como base de la declaración de reincidencia). En este aspecto, nuestro derecho sigue el régimen de la reincidencia *genérica*, ya que no requiere que el nuevo delito sea de la misma especie que el que fue objeto de la condena anterior (régimen de reincidencia *específica*).

Con referencia a la *condición del autor*, la condena anterior –y por supuesto la nueva– tiene que haber recaído por delitos cometidos después de los dieciocho años (art. 50, párr. 3°). El régimen de la *reincidencia de menores* está establecido por el art. 5° de la ley 22.278: no procede la declaración de reincidencia por delitos cometidos antes de los dieciocho años, pero si el nuevo delito fue cometido después de cumplida esa edad, las penas por los delitos anteriores "podrán ser tenidas en cuenta, o no, a efectos de considerarlo reincidente"; sin em-

bargo, entendemos que la nueva redacción del art. 50 ha venido a modificar ese régimen, derogando esta facultad del juez: ahora aquellas penas tampoco podrán tenerse en cuenta para la declaración de reincidencia (ya que serán penas cometidas por un "menor de diez y ocho años").

En cuanto al *carácter de las penas*, deben ser privativas de libertad (algunas leyes especiales han previsto la reincidencia respecto de otras penas); la anteriormente impuesta no debe estar extinguida por amnistía, pero su extinción por la vía del indulto no produce el mismo efecto (sigue siendo válida para la declaración de reincidencia). Mas para que en la condena por el nuevo delito pueda declararse reincidente al condenado, se requiere que haya transcurrido un lapso entre el momento del cumplimiento (cuando ha dejado de cumplirse) y la comisión del nuevo delito que no supere el tiempo de la impuesta en la precedente condena, "que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años" (art. 50, párr. 4°), con lo cual, al fin, se establece un plazo mínimo (cinco años) y uno máximo (diez años) del cumplimiento (si la pena impuesta es mayor de cinco años y menor de diez, entonces sí se tendrá en cuenta el plazo de ella), dentro del cual tendrá que haberse cometido el nuevo delito para que proceda la declaración.

Los *efectos* de la declaración de reincidencia, en este momento, después de la sustitución del art. 51, C.P., operada por la ley 23.057, se ven reducidos a los genéricos como pauta de individualización a tener en cuenta por el juez (art. 41, inc. 2°, C.P.) y al específico de no permitir la libertad condicional del reincidente (art. 14, C.P.), aunque este último ha sido impugnado como inconstitucional, como más adelante veremos.

La historia de nuestra legislación sobre los efectos de la reincidencia ha sido muy variada. El texto original del Código Penal (ley 11.719) disponía en el art. 51 que el reincidente "por segunda vez" cumpliera la pena privativa de libertad con reclusión en "un paraje de los territorios del sud". Tal efecto, que podía constituir una agravación "ejecutiva" de la pena, comenzó a desaparecer con el cierre de algunos centros de reclusión (como el de Ushuaia) y lo hizo del todo con la uniformación impuesta por la ley penitenciaria federal. A partir de la ley 17.567 se agravó la pena misma del nuevo delito en forma proporcional,

criterio que, con mayor rigor, adoptó la ley 21.338, hasta que la ley 23.057 reglamentó el instituto tal como aparece hoy.

§ 417. *El "estado de reincidente".* – Una vez que alguien ha sido declarado reincidente, dicho carácter ¿se constituye para él en un estado permanente o desaparece con el transcurso del tiempo u otras circunstancias? La solución de esta cuestión ha dado lugar a intenso debate, que si bien fue superado por la ley 21.338, actualmente ha vuelto a suscitarse.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han dividido entre las dos interpretaciones posibles: para unos la reincidencia es un "estado prescriptible" en los términos del art. 50, párr. 4º: las normas sobre reincidencia "deben considerarse aplicables siempre que entre las distintas condenas no... medie solución de continuidad" que dure el lapso determinado por aquel artículo; por lo tanto, "la prescripción de la reincidencia es posible con cualquier número de condenas, siempre que entre una y otra se haya cumplido la condición prevista en el art. 50 *in fine*, C.P., computándose esos plazos teniendo en cuenta las interrupciones que pueden haberse operado"; esta opinión fue mantenida, entre otros, por Soler y gran parte de la jurisprudencia (p.ej., *RepLL*, XX-1261, nº 6). Para otros (entre los que se cuenta Núñez), la reincidencia, una vez declarada, "es un estado o situación que en nuestro derecho no es susceptible de desaparecer por vía de prescripción", porque "lo que el art. 50, último apartado, C.P., prevé no es la prescripción de la reincidencia, sino sólo la prescripción del antecedente que representa la condena anterior" (*LL*, 83-617); por tanto la reincidencia es un estado o situación, "una calidad –no una mera circunstancia cambiante y variable–, que una vez adquirida por un sujeto se hace indeleble y no prescribe" (*LL*, 87-697). Aunque esta última solución es la que nosotros hemos reconocido como dogmáticamente adecuada, señalamos también que la nueva ley, al enrolarse en la tendencia que describe la reincidencia como agravante genérica de las condiciones de punibilidad por la insuficiencia preventiva demostrada por la pena efectivamente sufrida, "da mejores argumentos –aunque no sean definitivos– a quienes sostienen la opinión contraria... ya que el lapso transcurrido entre una condena anterior y un nuevo delito, podría eventualmente tomarse como demostración de la suficiencia de la pena antecedente".

Zaffaroni –que considera inconstitucional la interpretación de la imprescriptibilidad del estado de reincidencia porque implica "estigmatizar" al sujeto para el resto de su vida, violando el principio de "humanidad" de la pena– afirma que la opinión sostenida por nosotros ha quedado sin sustento alguno con la ley

23.057. Consideramos que si bien es verdad que la ley 21.338 prácticamente significaba la consagración legal de la imprescriptibilidad del estado de reincidencia, la fórmula de la parte final del art. 50 según la ley 23.057 es similar a la que existía cuando se suscitó la cuestión y se produjo la interpretación de la que participamos, por lo que no nos parece que dicha ley se haya constituido en una valla insalvable para adoptarla.

B) INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

§ 418. *CRITERIOS PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA POR EL JUEZ.* – Mientras en los delitos con penas únicas indivisibles la función individualizadora de la pena por parte del juez se reduce a una mínima expresión, ya que una vez determinado el tipo penal aplicable, no tiene otra opción que la de aplicar la pena indivisible que él designa; esa función se amplía en los delitos con penas alternativas (donde tiene que elegir una de las previstas) y mucho más cuando la pena es divisible, es decir cuando tiene que determinar una magnitud entre un máximo y un mínimo. El Código Penal procura delimitar entonces el arbitrio del magistrado formulando pautas generales de individualización. El art. 40, C.P., dispone que "en las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente". La primera regla no parece más que una reafirmación de la tipicidad de la pena; la segunda remite al art. 41, C.P., que es el que determina las pautas de apreciación, unas relacionadas estrictamente con el hecho y otras con la persona y circunstancias en que actuó el autor.

Las unas son "la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados" (art. 41, inc. 1°, C.P.); las otras pueden distinguirse en personales y circunstanciales: las personales son la edad, la educación, las costumbres, la conducta precedente del sujeto, las reincidencias en que hubiese incurrido, sus antecedentes y condiciones personales; las circunstanciales están constituidas por la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, "especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento

propio necesario y el de los suyos", la participación que haya tomado en el hecho, los vínculos personales y la calidad de las personas que hayan intervenido o sobre las que haya recaído la acción y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión "que demuestren su mayor o menor peligrosidad" (inc. 2°).

§ 419. *CARÁCTER DE LAS PAUTAS DE INDIVIDUALIZACIÓN.* – Atendiendo a la enunciación precedente y, sobre todo, al contenido de la cláusula final del art. 41, C.P., se ha sostenido que en nuestro derecho penal la medida de la pena divisible tiene que ser seleccionada por el juez en base a la peligrosidad del autor: en tanto que en el Código Penal la culpabilidad es el fundamento de la responsabilidad penal, la medida de la pena se fundamenta en la peligrosidad; esta idea de Ramos, ratificada por Núñez, considera que hasta las circunstancias enunciadas en el inc. 1° de aquella norma, si bien relacionadas con el hecho, tienden a demostrar la peligrosidad del autor. Por el contrario, Soler sostiene que en nuestro derecho la medida de la pena no sólo se apoya en la peligrosidad del autor, puesto que si tal cosa es posible afirmarla respecto de las circunstancias enunciadas en el inc. 2°, no ocurre lo mismo respecto de las del inc. 1°, que poseen un carácter estrictamente objetivo, por lo cual "no sería correcto... afirmar que el sistema seguido por la ley... es estrictamente subjetivista y basado en la peligrosidad". Zaffaroni participa de este criterio, que ve la peligrosidad como uno de los tantos factores de individualización –no el único– y que tiene, sobre todo, una función correctiva de las conclusiones a que se haya llegado en base a las circunstancias del acto (injusto). Por nuestra parte, si bien consideramos que las circunstancias del inc. 1° pueden no estar referidas directamente a la peligrosidad del autor, tampoco pueden catalogarse de plenamente objetivas; hay en ellas una referencia a la mayor o menor culpabilidad del autor que aparece como pauta fundamental de individualización, a la par de la peligrosidad, en nuestro sistema.

§ 420. *EL CONOCIMIENTO "DE VISU" DEL IMPUTADO.* – La parte final del art. 41, C.P., dispone que a los efectos de la individualización de la pena, "el juez deberá tomar conocimiento directo y *de visu* del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso".

En cuanto al conocimiento directo de las circunstancias de hecho, no es nada fácil interpretar la norma, puesto que, en cualquier caso, dentro de nuestro sistema procesal, el juez, para cumplir su función, tiene que tener un conocimiento directo de tales

circunstancias a través de la causa; sólo sería posible referirla a las circunstancias de hecho con incidencia en la individualización que pueden ser constatadas por los sentidos del magistrado (p.ej., instrumentos del delito en cuanto integrativos del medio de comisión).

Pero lo que se ha debatido en nuestra doctrina y jurisprudencia es si el juez está o no obligado en todos los casos a tomar el conocimiento directo y *de visu*, sobre todo del imputado. La posición hasta ahora mayoritaria, insistiendo en la cláusula final del artículo ("en la medida necesaria para cada caso") considera que se trata de una facultad del juez cuya inobservancia no acarrea sanción procesal alguna (ver, p.ej., *LL*, 45-266; 98-691). Algunas opiniones sostienen, sin embargo, que la inobservancia acarrearía la nulidad de la sentencia (Zaffaroni).

Como se ve, trátase en todo caso de una exigencia procesal ya que lo que la ley dispone es una "forma" encaminada a completar los datos individualizadores requeridos por el art. 41, C.P., lo que, en principio, es propio de la legislación local. Algunos códigos procesales que han reglado específicamente la materia, han dejado librada al arbitrio judicial la apreciación de la necesidad del cumplimiento de la medida (p.ej., C. Proc. Penal de Santa Fe, art. 400, según ley 6740).

§ 421. *Condenación condicional.* – La llamada condenación condicional (así rotulada por el Código Penal), también denominada *condena de ejecución condicional*, es un instituto que suministra al juez la posibilidad de individualizar la "pena" de un modo más benigno cuando se encuentra ante ciertas categorías de autores. En nuestro derecho penal se entiende por condenación condicional la condena que se pronuncia dejando en suspenso la ejecución de la pena a condición de que el condenado no vuelva a cometer nuevos delitos durante el plazo fijado por la ley (art. 26 y ss., Cód. Penal).

Quiérase o no, entre los tres sistemas principales que se encuentran en el derecho comparado, nuestra ley ha elegido el sistema francés, que requiere el pronunciamiento de la condena dejando en suspenso la pena (de ahí que no sea impropio hablar de condicionalidad de la "ejecución"); en el sistema angloamericano –sin perjuicio de algunas variantes– lo que se suspende es el pronunciamiento de la condena y en el noruego, acreditadas las circunstancias de suspensión, se suspende el procedimiento judicial. La nueva ley de estupefacientes (23.737) recoge un instituto has-

ta entonces ignorado por nuestro Derecho Positivo y que en el comparado fuera nominado como "probation" o suspensión del proceso a prueba. Opera en la etapa del sumario, previo consentimiento del imputado que revelare un estado de dependencia física o psíquica y tuviere estupefacientes en escasa cantidad y para consumo personal. Se suspende el trámite de la causa, al tiempo que se impone al individuo una medida de seguridad de tipo curativa. Sobre el particular remitimos al § 410.

Según el art. 26, C.P., lo que se deja en suspenso es el cumplimiento de la pena; no se la ejecuta (sin perjuicio de que se atienda a la reparación civil del delito –art. 28, C.P.–), no es la condena lo que queda en suspenso, por tanto, la aplicación del art. 26 implica la *existencia de condena*. Esta interpretación, que está claramente impuesta por la fórmula legal, es mayoritaria en nuestra doctrina y jurisprudencia; ha sido, no obstante, combatida por quienes creen que lo que queda en suspenso es la condena misma, lo cual, además del argumento que brinda el rubro, surgiría del párrafo inicial del art. 27, C.P., que dispone que "la condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término de cuatro años... el condenado no cometiere un nuevo delito", lo que significaría que el vencimiento de dicho plazo, habiéndose cumplido la condición, no sólo obstaría para exigir el cumplimiento de la pena, sino que significaría la eliminación de la condena misma en la historia jurídica del condenado.

Pero el art. 27 debe ser interpretado en función del art. 26 y éste con total claridad expresa que lo que el juez puede ordenar es que "se deje en suspenso el *cumplimiento de la pena*". Por consiguiente, cuando el art. 27 dice que la condena se tendrá como no pronunciada, únicamente hace referencia a la ejecución de la pena, no a la condena misma; invertir el orden para llegar a una distinta interpretación, cuando el instituto está correctamente definido, implica dejar de lado las reglas básicas de la interpretación de la ley.

Sosteniendo la opinión contraria agrega Zaffaroni como argumento, que la tesis mantenida por nosotros procede de una interpretación positivista, incompatible con los antecedentes de la ley argentina. Fuera de que no es raro que el legislador de 1921 haya deformado tales antecedentes, a través de una lente positivista, sancionando una ley distinta de las de dichos antecedentes,

dogmáticamente es la única adecuada, sobre todo a partir de las reformas que introdujeron expresamente la posibilidad de conceder por *segunda vez* la condenación condicional; si la ley dispone tal cosa es porque dicho beneficio no se puede conceder al agente más de dos veces, en tanto, para quienes piensan que lo que desaparece, cumplido el plazo de prueba, es la condena misma, podrían darse en la vida delictiva de un sujeto un número indeterminado de "primeras condenas" y aquél ser beneficiado tantas veces cuantas las varias condenas hayan ido desapareciendo por los sucesivos cumplimientos de la condición. Zaffaroni zanja la dificultad creando una excepción: afirma que, transcurrido el plazo y cumplida la condición, no sólo no puede ejecutarse la pena, sino que la condena misma no podrá tomarse en cuenta para nada, "excepto para la imposición de una segunda condenación condicional"; no es esto lo que dice la ley. En realidad, la cuestión ha perdido parte de su interés a partir de las reformas introducidas por la ley 23.057 en la reincidencia (art. 50, C.P.) y multirreincidencia (art. 52, Cód. Penal).

§ 422. ***Requisitos de la condenación condicional.*** – Se refieren a la naturaleza y monto de la pena y al carácter de la condena, a los que, como veremos más adelante, se agregan los factores personales y circunstanciales a que el juez tiene que atender para fundamentar la decisión.

En cuanto a la naturaleza de la pena, sólo la de prisión puede ser dejada en suspenso. Explícitamente la ley excluye del instituto las de multa e inhabilitación (art. 26, párr. 2º, C.P.) e, implícitamente, la de reclusión, puesto que específicamente la fórmula legal no la menciona y sí lo hace con la de prisión.

En la fórmula originaria quedaba también comprendida la pena de reclusión, pero ella comenzó a ser excluida a partir de la ley 17.567. Fontán Balestra apoyó dicha actitud del legislador, señalando que "la impropiedad de que pueda acordarse la condicionalidad a quien hubiere merecido pena de reclusión es evidente, pues se trata de la pena más grave del Código y si fue elegida por el juez para un delincuente supuestamente ocasional por un hecho penado con no más de dos años [recordemos que ahora son tres] de privación de libertad, debe tratarse, casi sin excepción, de un reiterante múltiple o de un sujeto que ha revelado una personalidad groseramente antisocial, que no puede ser acreedor al beneficio legal".

También recordemos que mucho se discutió en nuestra doctrina, durante la vigencia de la ley anterior, la posibilidad de conceder la condicionalidad a la pena de inhabilitación, siendo ahora inútil referirse al tema, que ha quedado solucionado con la fórmula vigente.

En cuanto al monto de la pena, para que se la pueda imponer en suspenso, no debe superar de los tres años; la ley se refiere aquí a la pena concretamente impuesta en la sentencia que dispone la condenación condicional y no a la abstractamente fijada por la ley para el delito de que se trate; por ello es posible que el tipo penal designe un máximo que supere ese tope, pero si el mínimo permite al juez fijarla en medida de tres años o menor, nada obstará a la aplicación del art. 26. Si la sentencia resuelve un caso de concurso de delitos, igualmente procederá la condenación condicional, "si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión" (art. 26, párr. 2º, cláusula final).

En principio, sólo la *primera condena a pena de prisión* –después veremos que excepcionalmente el beneficio puede ser concedido dos veces– permite la condenación condicional. En primer lugar una condena anterior a pena de multa o inhabilitación no es obstáculo; sí lo constituiría, por su naturaleza, una pena de reclusión; aunque la incorrecta redacción de la fórmula pueda dar cierto margen a la duda, dogmáticamente es la única solución posible, porque al paso que la multa y la inhabilitación están expresamente excluidas del instituto, la exclusión implícita de la reclusión no puede producir las mismas consecuencias interpretativas y, por otra parte, esa solución es la que condice con la razón de ser (teleología) de la condenación condicional: la pena anterior de reclusión, por tanto, impide considerar "primera condena" a otra posterior que imponga pena de prisión.

Resuelta esta cuestión, ¿qué hay que entender por *primera* condena? Según una opinión, es la primera condena en el orden temporal, aunque no corresponda al primer delito cometido; por tanto, si el sujeto ha cometido dos delitos sucesivos, que se juzgan separadamente y recibe una condena por el cometido en segundo término, en la ulterior condena (que recaerá sobre el primer delito cometido), ya no podrá ser acreedor a

la condenación condicional (porque ella no será *primera condena*). Según otra opinión, la ley se refiere a la primera condena que cumple efectivamente una función de prevención especial, es decir, que haya actuado como real amenaza futura para el delincuente; por tanto, tiene que seguirse considerando "primera condena" a la que recae sobre el primer delito en el orden temporal, aunque medie una anterior condena sobre el segundo delito cometido y aunque en ella se hubiese concedido ya una condenación condicional; en otras palabras, en ese caso, el agente podría recibir *dos* condenas condicionales (si no más), aunque no se den las circunstancias del art. 27, Cód. Penal.

> Es muy común que estas situaciones se planteen en los casos de unificación de penas, en los que la cuestión reside en la posibilidad de revocar o no la condenación condicional por parte del juez que unifica, sobre todo cuando se está en presencia de la segunda hipótesis del art. 58, C.P. (unificación de varias penas procedentes de distintas condenas firmes): es evidente que si el juez que unifica advierte que una de las condenas por un hecho posterior a otro juzgado con aplicación de la condenación condicional, otorga también ese beneficio y el delito que es objeto de esta sentencia (el posterior) se ha cometido dentro de los plazos del art. 27, en la unificación tendrá que proceder a revocar ambas condicionalidades, aplicando una pena efectivamente ejecutable. Pero, si al cometerse el segundo delito ha transcurrido ya el plazo establecido por el artículo citado e igualmente se ha demandado la unificación, ¿implicará ésta la revocación de la condicionalidad o podrá aplicarse una pena unificada condicional? Ambas soluciones parecen jurídicamente imposibles a primera vista, puesto que para adoptar la primera solución no encontramos los requisitos de revocación del art. 27 y, para aplicar la segunda, nos encontramos con el impedimento de que la segunda condena no podemos considerarla *primera* condena; esa verdadera laguna sólo se llena, a nuestro criterio, considerando que la hipótesis queda fuera de las posibilidades de aplicar la unificación de penas, respuesta que, sin embargo, tenemos que reconocer que no ahuyenta todos los reparos que se le pueden formular; la cuestión, sin embargo, no puede ser objeto de un trabajo de la índole del que nos ocupa, sino de una tarea monográfica (que, por nuestra parte, hemos realizado en *Cuestiones penales*).

Volviendo al núcleo del problema de que tratamos, en la primera de las tesis expuestas cualquier condena a pena privativa de libertad, aunque correspondiese a un delito cometido

posteriormente, impide la concesión del beneficio; en la segunda, la condena pronunciada por un delito posterior no impide la condenación condicional por un delito perpetrado con anterioridad al que fue objeto de ella. En los tribunales se encuentran fallos en ambos sentidos y no advertimos tampoco una línea mayoritaria en la doctrina.

La circunstancia de que la pena anterior se haya extinguido por causas ajenas al cumplimiento de la pena (p.ej., prescripción, indulto), no obsta a que se plantee como obstáculo para la condenación condicional; ello no ocurre, por supuesto, cuando dicha extinción se operó a causa de una amnistía que sí hace desaparecer la condena en cuanto tal.

En nuestro derecho la condena anterior es obstáculo para la condenación condicional aunque el delito sobre el cual versó sea de distinta especie que la del nuevo delito. Alguna vez se pretendió que se excluyese como tal la condena que versara sobre un delito culposo, cuando la posterior lo fuere sobre uno doloso, pero tal opinión –contraria a la fórmula del art. 26– ni siquiera puede mostrarse como una posible duda, dada la clara referencia del art. 27 a aquellos delitos.

§ 423. *CARÁCTER DE LA MEDIDA, FUNDAMENTOS Y OPORTUNIDAD PARA SU DICTADO.* – El otorgamiento de la condicionalidad es una "facultad" del juez, como lo dice expresamente el art. 26; pero ello no significa que no sea un "derecho" del condenado, si se dan las circunstancias de la concesión; la expresión de la ley tiene el sentido de indicar que se deja en manos del magistrado el margen de discrecionalidad necesario para estimar la existencia de dichas circunstancias a causa de la particular naturaleza de ellas.

En efecto, la decisión –dice la ley– "deberá ser fundada bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad". Según esto, la concesión tiene que estar fundada en la acreditación de la inconveniencia de ejecutar la pena de modo efectivo; sin embargo, esta estimativa es un pronóstico relativo a la prevención especial, es decir, sobre la

influencia que pueda tener la ejecución en una eventual nueva recaída en el delito; también los "motivos que lo impulsaron a delinquir" y la "naturaleza del hecho" son, a nuestro juicio, elementos que contribuyen a ese pronóstico; dentro de los primeros pueden hallarse tanto los motivos propiamente dichos (que más bien se relacionan con la etapa del agotamiento) como los móviles (que pueden ser particulares estados de ánimo: venganza, crueldad, impulsos pasionales, etc.); en los segundos quedarían comprendidos tanto la actitud del agente ante el proceso (p.ej., confesión espontánea, colaboración en el secuestro de efectos, etc.) como las reacciones psicológicas (p.ej., el arrepentimiento demostrado) y sociales a las que haya atendido (solidaridad social demostrada en la reparación espontánea del daño producido). Las "demás circunstancias" pueden abarcar cualquiera –aun extraña al hecho juzgado– correspondiente a la vida del condenado que influya en el pronóstico al que nos hemos referido. Es evidente que éste tiene que estar relacionado con la personalidad del concreto autor, por lo cual habrá que considerar la especial influencia de la internación carcelaria como factor criminógeno para él, ya que, de otro modo, podríamos caer en argumentos fundamentadores de prevención general que nada tienen que ver con el instituto.

En cuanto a la *oportunidad* de la concesión del beneficio, ella es la del pronunciamiento de la sentencia. En principio, el juez no puede decidir sobre él en un acto procesal posterior que no intregre aquélla, porque los requisitos de procedencia deben existir en el momento de producirse el acto procesal decisorio que constituye el juzgamiento; por lo tanto, si esos requisitos se completan con posterioridad a la sentencia firme ya no es posible aplicar el art. 26 (p.ej., si una conmutación reduce la pena asignada por el juez, que era de cuatro años de prisión, a tres años). En tal sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia (*JA*, 1953-IV-235).

§ 424. ***Regulación procesal contenida en el artículo 26, Código penal.*** – Con mala técnica legislativa la reforma de la ley 23.057 ha introducido reglas procesales en la fórmula del art. 26. Dispone que, para decidir sobre las circunstancias de concesión, el tribunal "requerirá las informaciones pertinentes para formar

criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto"; no se trata más que de una enunciación circunstanciada del derecho de defensa en juicio, cuya razón de figurar en la fórmula sólo se explica por su finalidad docente, puesto que no tiene otra influencia.

Más conflictiva es la sanción procesal de nulidad para el caso en que el juez no haya fundamentado la concesión de la medida en la forma dispuesta y con los elementos enunciados por la ley. Por supuesto que lo que el legislador ha pretendido ha sido eliminar la corruptela del otorgamiento "automático" del beneficio con la sola consideración de los requisitos objetivos (pena menor de tres años y primera condena a pena de prisión), pero lo hace con una metodología inadecuada, susceptible de suscitar dudas procesales (cuando no constitucionales) que, al fin, son innecesarias, puesto que si faltara la fundamentación se trataría de una arbitrariedad del juez, que puede ser revisada por medio de los procedimientos ordinarios o extraordinarios previstos por las leyes procesales y, en el primer caso, no imprescindiblemente por la vía de la nulidad. De más está decir que la nulidad comprenderá toda la sentencia (como acto procesal unitario), no sólo la decisión sobre la concesión del beneficio.

§ 425. ***Plazo de la condición. Cumplimiento. Revocación de la condicionalidad.*** – Según el art. 27, párr. 1°, C.P., "la condenación, se tendrá como no pronunciada si dentro del término de cuatro años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme, el condenado no cometiere un nuevo delito". La no comisión de un nuevo delito importa el cumplimiento de la condición y, por consiguiente, la pena no tendrá ya que ser cumplida. Hemos visto, sin embargo, que en nuestra doctrina se discute qué significado hay que otorgar a la expresión "la condenación se tendrá como no pronunciada", que para algunos significa la "desaparición de la condena", en tanto que para nosotros se reduce a la no ejecución de la pena impuesta.

La condición no se cumple cuando el condenado condicionalmente ha cometido un nuevo delito dentro de aquel plazo. En ese caso lo que corresponde es revocar la condicionalidad de la pena con el efecto de que el sujeto "sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme con lo dispuesto sobre acumulación de penas" (art. 27, párr. 1°, cláusula 2ª); es decir, en el caso se aplica el art. 58, C.P., cuya primera hipótesis es la que

responde a la situación planteada; por tanto, el juez que pronuncia sentencia con relación al nuevo delito, es quien, de oficio, tendrá que disponer la revocación de la condicionalidad de la primera condena pronunciando la pena única.

§ 426. *Los términos del plazo de la condición.* – Acabamos de ver que el art. 27, párr. 1º, dispone que el plazo de la condición se cuenta "a partir de la fecha de la sentencia firme". ¿Qué se ha querido significar con ello: la fecha en que la sentencia ha quedado firme, o la fecha en que se pronunció la sentencia que después obtiene firmeza? Creemos que esto segundo, pues el párr. 3º trae una norma general que reza: "En los casos de sentencias recurridas y confirmadas, en cuanto al carácter condicional de la condena, los plazos se computarán desde la *fecha de pronunciamiento originario*". Si para interpretar el párr. 1º no partiésemos de esa fecha, sino de aquella en que la sentencia quedó firme, tendríamos que las situaciones se regularían de distinto modo según se hubiera apelado o no, lo que sería una solución incongruente.

§ 427. *Nueva concesión de la condenación condicional.* – Como la condenación condicional requiere que se esté ante una "primera" condena a pena de prisión, parece imposible (salvo para la tesis que extiende los efectos del cumplimiento de la condición a la extinción de la condena en sí, en una formulación muy extrema) que exista una segunda o una tercera, etc., condenación condicional. Pero la ley autoriza expresamente una segunda concesión: así ocurre cuando la posterior condena corresponde a un nuevo delito (sin que se hayan cometido otros en el lapso intermedio, por supuesto) que "ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la primera condena", si tanto el delito motivo de ésta como el nuevo delito fueren culposos o uno de ellos lo fuese, o de "diez años si ambos delitos fueran dolosos" (art. 27, párr. 2º, Cód. Penal). Además de que con relación a la condena por el segundo delito se tienen que dar todas y cada una de las circunstancias y requisitos de concesión establecidos en el art. 26, es obvio que la condena anterior también tiene que haber sido condicional; no procederá, por tanto, la concesión del beneficio cuando, pese a darse respecto de la segunda condena las demás circunstancias del art. 26, la primera ha sido impues-

ta en forma "efectiva", lo cual surge con absoluta claridad de la fórmula legal (es la "suspensión" que se concede "por segunda vez"). Por otra parte, creemos que dicha fórmula únicamente permite conceder dos veces la condicionalidad, pero veda toda posibilidad de hacerlo en más oportunidades.

C) Desarrollo de la individualización de la pena en la etapa ejecutiva

§ 428. *La llamada individualización ejecutiva.* – La individualización judicial de la pena no es "definitiva", en el sentido de que el desarrollo de ella depende, en sus modalidades, de las circunstancias de su ejecución, lo cual es propio de un "sistema progresivo" como el nuestro, por lo menos respecto de las penas privativas de libertad (vimos que, de alguna manera, así ocurre también con la pena de inhabilitación). Dentro del régimen progresivo de las penas privativas de libertad, podemos distinguir la ejecución con encierro y la ejecución en libertad, como períodos separados por el acto de concesión de la libertad condicional.

§ 429. *El régimen progresivo durante el encierro según la ley penitenciaria.* – Durante la ejecución de la pena privativa de libertad, distingue la ley tres períodos distintos en el encierro: un *período de observación*, que tiene como finalidad hacer los estudios necesarios para determinar el grado de adaptabilidad del penado y el modo y carácter del tratamiento penitenciario a aplicarle (art. 6º); un *período de tratamiento*, durante el cual se le aplica la "terapéutica" adecuada para procurar su readaptación social (art. 7º), que puede ser fraccionado en distintas etapas, "que importan para los internos una paulatina atenuación de las restricciones inherentes a las penas" (p.ej., mayor tiempo libre, distinto régimen de trabajo, etc.) y un *período de prueba*, que tiene por objeto comprobar el grado de adaptabilidad (resocialización) alcanzado con el tratamiento aplicado, durante el cual –simultánea o sucesivamente– se puede disponer la incorporación del interno a un régimen de autodisciplina y la concesión de salidas transitorias (art. 8º), como paso previo a la liberación condicional.

Este régimen está sujeto a dos controles: uno administrativo, judicial el otro. El *control administrativo* se realiza por medio de inspecciones periódicas de los institutos de detención a cargo de "inspectores penitenciarios calificados [especializados], designados por la autoridad administrativa" (art. 121). El *control judicial* se ejerce mediante una serie de facultades que la ley reserva a los órganos jurisdiccionales o al ministerio público (según las reglamentaciones locales) y que se realiza por medio de verificaciones periódicas o extraordinarias del cumplimiento de las leyes que rigen la internación (art. 121), además de otras actividades de contralor más específicas (del tratamiento médico en ciertos casos, art. 2°; sobre las medidas de sujeción, art. 35, inc. c; sanciones disciplinarias, art. 49; traslado de los internos, art. 33), que pueden influir directamente sobre las medidas de tratamiento (p.ej., prohibición de las salidas transitorias –art. 33–).

§ 430. ***Cumplimiento de la pena en libertad. La libertad condicional.*** – La libertad condicional es la libertad vigilada, que se concede al penado a pena privativa de libertad, dándose ciertas condiciones y exigiéndole el cumplimiento de otras. A diferencia de la condenación condicional, en que no se cumple la pena de encierro, la liberación condicional presupone la ejecución de la pena.

Dándose las condiciones de procedencia, la libertad condicional es un derecho del condenado que, para unos, importa una rectificación de la pena impuesta (González Roura, Díaz), para otros trátase de una "suspensión condicional de la pena" en cuanto encierro, con lo cual la pena no se ejecutaría durante el período de liberación (Núñez) y para unos terceros es una ejecución de la pena privativa de libertad sin encierro (Soler), criterio este último que se adecua mejor al régimen de vigilancia al que es sometido el liberado, sin perjuicio de que con su liberación desaparezcan, junto con los efectos directos de la privación de libertad (el encierro), otras consecuencias de él (como veremos al exponer las inhabilidades civiles accesorias).

§ 431. ***Requisitos para la concesión.*** – Las condiciones para el otorgamiento de la libertad condicional son positivas y

negativas. Las positivas están enunciadas en el art. 13, Cód. Penal. En primer lugar el condenado tiene que haber cumplido un determinado *período de encierro*: si la pena es de reclusión o prisión perpetua, dicho período es de veinte años; si la pena es de reclusión temporal, el período es el equivalente a los dos tercios de la impuesta; si dicha pena es de tres años o menos, el período es de un año de reclusión u ocho meses de prisión. El monto de pena que hay que tomar para determinar el período de ejecución es el de la pena impuesta por el juez, pero si ella ha sido objeto de conmutación, se toma el monto que queda, es decir, la pena conmutada. En el período de ejecución se computa, por supuesto, el período en que el penado estuvo sujeto a prisión preventiva, cualquiera que fuese el establecimiento en que la haya cumplido (Núñez).

Aun existe la posibilidad de que el plazo para la concesión se haya cumplido íntegramente en prisión preventiva. Para esos casos los códigos procesales traen por lo común regulaciones especiales sobre el procedimiento de concesión de la libertad condicional, que tienden a lograr que ésta sea otorgada sin demoras una vez que la sentencia de condena se ha hecho firme.

En segundo lugar, el penado tuvo que haber *observado con regularidad los reglamentos carcelarios* durante dicho período. La ley no requiere la "buena conducta penitenciaria"; por el contrario, su exigencia especifícase en una relación de carácter objetivo que toma en cuenta la conformidad de la conducta del interno con los reglamentos que rigen la vida de encierro; aunque esa conformidad tiene que surgir del informe previo de la dirección del instituto de detención (también requerido por el art. 13), es evidente que el juez goza de arbitrio apreciativo sobre si se dio o no tal observancia.

En este aspecto, no todos los tribunales siguen el mismo criterio; mientras algunos han requerido un cumplimiento estricto de los reglamentos, negando el beneficio a todo interno que registre cualquier sanción disciplinaria, aun cuando la falta que la haya originado hubiese sido muy leve, otros entienden que la ley no requiere la total ausencia de infracciones reglamentarias; de tal modo el Tribunal Superior de Córdoba ha dicho que "por observancia con regularidad debe entenderse el mantenimiento de una conducta que no determine la imposición de medidas disciplinarias graves, teniendo en cuenta el término de privación de li-

bertad y el tiempo en que fueron cometidas las faltas"; en verdad, ésta es la doctrina que condice con el régimen progresivo y que encuentra cabida en algunos códigos procesales u otras leyes locales al permitir expresamente que se reitere el pedido de libertad condicional pese a una anterior resolución denegatoria.

En cuanto al carácter objetivo de la condición, aunque ha sido reconocido casi con unanimidad por la jurisprudencia, se sigue advirtiendo que algunos tribunales todavía hacen hincapié en la personalidad moral del condenado o en su peligrosidad, revelada por el hecho o por sus antecedentes judiciales, como fundamentos para denegar la libertad condicional.

La condición negativa es la que dispone el art. 14, C.P., que prohíbe la concesión del beneficio al *reincidente*. La cuestión que aquí se plantea es la de saber si la ley se refiere a quien es reincidente en razón del delito juzgado en la causa en la cual recayó la pena sobre la que se solicita la libertad condicional, o se refiere a todo aquel que haya asumido ese carácter por haber sido declarado reincidente en cualquier otra anterior. Elegir entre una y otra respuesta depende de que consideremos o no la reincidencia como un "estado", según ya lo expusiéramos: para quienes sostienen que el carácter de reincidente "prescribe" en el plazo del art. 50, párr. 4°, C.P., la libertad condicional sólo puede negarse invocando el art. 14 a quien haya sido declarado reincidente en la misma sentencia que impuso la pena por la cual se demanda aquélla (Soler); por lo tanto, la jurisprudencia que responde a esta doctrina sostiene que "al declarado reincidente en una condena anterior se le puede conceder la libertad condicional, si no lo es en razón de la condena de la causa en que solicita"; por el contrario, quienes sostienen que la declaración de reincidencia constituye al sujeto en "estado de reincidente" que no desaparece, cualquiera que fuese el tiempo que hubiere pasado desde que lo adquirió, aquél no podrá gozar nunca ya de la liberación condicional.

§ 432. *El planteo de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal**. – A partir de la sanción de la ley 23.057 la reincidencia deja de ser una agravante al no tener indicada una escala diferenciada respecto de la penalidad prevista para el deli-

* Por el profesor Enrique García Vitor.

to en particular, constituyendo simplemente una circunstancia que debe merituarse a los fines de la individualización de la pena, de acuerdo con lo establecido en los arts. 40 y 41 del Cód. Penal. No obstante, parte de la doctrina entiende que sigue siendo una agravante lo que se evidencia, entre otras circunstancias, por la disposición del art. 14, C.P., que impide la concesión de la libertad condicional al reincidente.

Puede compartirse, al menos desde un punto de vista de los efectos, que la prohibición contenida en el art. 14 agrava la situación del reincidente; empero, entre ese reconocimiento y la aceptación de que la norma en cuestión es contraria a disposiciones constitucionales –como lo sostiene parte de la doctrina y jurisprudencia–, existe una importante diferencia.

En la cuarta edición del *Manual*, Zaffaroni comienza a pergeñar la idea de que la norma del art. 14 es inconstitucional en tanto viola el principio del *non bis in idem*.

Será luego el fundamento, casi el único –puesto que los demás son cuestionamientos a la permanencia del instituto en el Código Penal–, utilizado para efectuar la tacha de inconstitucionalidad de los autos "Varela, Luis R.", tramitados ante la CN-CrimCorr, Sala VI, 27/12/85, con los votos de los doctores Zaffaroni y Elbert (*LL*, 1986-B-421).

Pensamos que el instituto de la reincidencia puede ser objetado tanto desde el punto de vista de la prevención especial o desde su consideración como instrumento válido a los fines de la defensa social, pero sostenemos que una vez decidida su incorporación o mantenimiento por parte del legislador es impropio de los jueces efectuar cuestionamientos como el que nos ocupa, mediante interpretaciones de la ley que se introducen en cuestiones de política criminal, lo que les está vedado por mandato constitucional en virtud del principio de división de poderes.

No se nos escapa que la norma del art. 14, aun analizada desde la perspectiva de la "defensa social", debe tener el límite de la prevención especial. Jorge A. L. García (*JER*, 1986-14-227), remarca que la libertad condicional no es negada al reincidente por la doctrina y legislación moderna, y en ese sentido debieran desarrollar su actividad quienes propugnan la derogación de la disposición sin recurrir, en praxis equivocada, a la declaración de inconstitucionalidad para incumplirla.

La libertad condicional es un beneficio cuya introducción en la sistemática del Código Penal es una facultad que tiene el legislador, sin estar obligado por mandato constitucional alguno a consagrarlo. Y si es optativa su implementación, cuanto más lo será arbitraria la potestad que le inviste de fijar los límites dentro

de los cuales procede concederla. Bidart Campos dirá si puede "no establecer" un sistema de libertad condicional, parece a su vez que, cuando benévolamente lo establece, puede negarlo en ciertos casos "razonables", usando "la potestad a que nos referimos anteriormente", agregando que no parece irrazonable privar de ese beneficio a quien ya ha delinquido ("La Nación", 21/4/87).

Creemos que la garantía del *non bis in idem* no se puede violar cuando el segundo proceso, que diera lugar a la declaración de reincidencia ya ha concluido con sentencia firme, por más que el juez o tribunal haya tenido elípticamente presente al momento de su dictado que al efectuar la mentada declaración, con ella en el futuro se impediría la concesión de la libertad condicional.

El art. 14 se vincula con la etapa del cumplimiento de la pena; atrás quedó el período en que se analizaron las cuestiones fácticas que –mediante la presencia de los requisitos referentes a la prohibición de juzgar dos veces por el mismo hecho– hubiese podido dar lugar, en caso de violación de los mismos, a declarar nula la sentencia.

Resulta improcedente vincular con el principio del *non bis in idem* una circunstancia del cumplimiento de la pena cual es la prohibición que nos ocupa, por más que tenga presente que el instituto de la reincidencia se funda en la insuficiencia de la pena aplicada por el hecho anterior para cumplir con su fin de prevención especial.

Es este sentido el constitucionalista citado expondrá, completando su idea, que "lo que ocurre es que por 'otro' hecho distinto al anterior se lo priva de un beneficio (la libertad condicional)" que la ley puede establecer "o no establecer, y que cuando lo establece puede condicionar razonablemente a la concurrencia de determinados supuestos también razonables".

La tesis de la inconstitucionalidad del art. 14, C.P., ha sido rechazada con distinto fundamento por la mayoría de las otras salas de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal (*BJ*, 1986-2-689).

§ 433. *CONDICIONES COMPROMISORIAS PARA EL LIBERADO.* – El liberado debe cumplir las siguientes condiciones en su vida en libertad condicional, las que también establece el art. 13, párr. 1º, C.P.: residir en el lugar que determine el auto de soltura; no cometer nuevos delitos; adoptar, en el plazo que el juez determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia; abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas (pese a los términos tan estrictos de la ley podrían

quedar comprendidos otros estimulantes) y observar un régimen de vigilancia, cumpliendo con las reglas de inspección que disponga el auto de liberación y sometiéndose al cuidado del patronato (órgano o persona) que el tribunal designe.

Tales condiciones deberán ser cumplidas por el liberado hasta que se extinga el tiempo de la pena impuesta si ella es temporal (es decir, el tercio que resta de la impuesta por el juez o de la pena ya conmutada) y, si fuese perpetua, hasta cinco años después de la liberación (art. 13, párr. 2°, Cód. Penal). Transcurridos esos plazos sin que tales obligaciones hayan sido violadas, la pena queda extinguida junto con la inhabilitación absoluta que haya correspondido al condenado como pena accesoria en los términos del art. 12, C.P. (art. 16, Cód. Penal).

§ 434. ***REVOCACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL E INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE CUMPLIMIENTO.*** – Si el liberado viola las condiciones impuestas por los incs. 1° y 4° del art. 13, es decir, la obligación de residir en el lugar determinado en el auto de soltura (dicha violación se perpetra cuando se ausenta definitivamente de él, dolosa o negligentemente, no cuando lo hace transitoriamente) y la de no cometer nuevos delitos (cuya violación se acredita con la sentencia firme sobre el nuevo delito), se producen los siguientes efectos según lo dispuesto por el art. 15, C.P.: la libertad condicional será revocada y el tiempo pasado en ella no se computará como de cumplimiento de la pena. Además, el art. 17, C.P., dispone que "ningún penado cuya libertad condicional haya sido revocada, podrá obtenerla nuevamente".

Este último efecto ha suscitado algunas dudas. Para algunos la norma del art. 17 prohíbe que en el futuro el sujeto pueda volver a gozar de la libertad condicional en cualquier otra causa en que haya sido penado; para otros la prohibición se refiere exclusivamente a la pena respecto de la cual se le concedió la libertad condicional exclusivamente; esta última parece la tesis aceptable si se considera que la disposición se refiere a una "nueva obtención" de la libertad condicional que ha sido revocada.

Si las condiciones violadas son las de los incs. 2°, 3° y 5° del art. 13, el juez podrá limitarse a corregirla o, si lo considera

conveniente, "sancionar" al liberado disponiendo que no se compute todo o parte del tiempo que haya transcurrido de la libertad condicional (art. 15, C.P., que consagra una verdadera causa de "interrupción" del cumplimiento de la pena) "hasta que el condenado cumpliese" con dichas condiciones.

IV. CONSECUENCIAS ACCESORIAS DE LA CONDENA Y REPARACIÓN DEL DAÑO PRODUCIDO POR EL DELITO

A) PENAS ACCESORIAS

§ 435. *LAS PENAS ACCESORIAS EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO.* – Ya hemos visto que en nuestro derecho penal se consideran penas accesorias la inhabilitación absoluta del condenado, dispuesta por el art. 12, C.P., y el decomiso de los efectos e instrumentos del delito a que hace referencia el art. 23, Cód. Penal. En su carácter de accesorios de la pena principal, siguen necesariamente a ella y, por tanto, no tienen que ser declarados expresamente en la sentencia, salvo en casos determinados, como veremos.

§ 436. *LA INHABILITACIÓN ACCESORIA DEL ARTÍCULO 12, CÓDIGO PENAL.* – El art. 12, C.P., dispone en la cláusula 1ª, que "la reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena"; es pena accesoria a la condena misma y que no está consustanciada con el encierro ni destinada a solucionar situaciones prácticas derivadas de él; por esa razón la inhabilitación sigue vigente hasta la extinción total de la pena aunque el penado haya sido liberado condicionalmente y, por supuesto, cuando éste ha quebrantado ilícitamente el encierro en el cual venía cumpliendo la pena privativa de libertad.

Aparentemente este carácter torna dogmáticamente inaplicable la penalidad accesoria durante el período en que, habiendo cesado la pena de reclusión o prisión, el penado sigue en encierro de reclusión por aplicación del art. 52, Cód. Penal. Núñez, sin embargo, considera que la pena accesoria funciona igualmente durante dicho período, no obstante el silencio de la ley, ya que la

reclusión coloca al condenado "en la situación de hecho que fundamenta la pena accesoria". En verdad, que el encierro traiga como consecuencia necesaria limitaciones parecidas a las del art. 19, C.P., es una cosa, pero que se aplique la inhabilitación absoluta como "pena" es otra mucho más dudosa.

El contenido de la inhabilitación accesoria es el previsto por el art. 19, C.P., y su tiempo de duración coincide con el de la pena privativa de libertad impuesta. Sin embargo, la ley otorga al juez la posibilidad de prolongarla "hasta tres años más... de acuerdo con la índole del delito"; pero entonces dicha prolongación –que se cuenta a partir del momento en que se cumple la pena principal– tiene que ser expresamente dispuesta en la sentencia, pues de lo contrario procede sólo en aquella medida.

§ 437. *DECOMISO DE LOS EFECTOS E INSTRUMENTOS DEL DELITO.* – También constituye una pena accesoria, como lo adelantáramos, la consagrada por el art. 23, C.P., al disponer que "la condena importa la pérdida de los instrumentos del delito, los que, con los efectos provenientes del mismo serán decomisados". Ya que se trata de una pena accesoria sólo puede recaer sobre el condenado por el delito, razón por la cual la ley excluye expresamente del decomiso los instrumentos y efectos "que pertenecieren a un tercero no responsable". La pena accesoria procede cualquiera que haya sido la impuesta de modo principal; ésta, por tanto, puede ser privativa de libertad, de multa o inhabilitación, y la primera puede haber sido impuesta de modo efectivo o condicional.

Sin embargo, Núñez ha considerado que en los casos de condenas condicionales no procedería el decomiso, ya que el art. 28, C.P., sólo excluye de la suspensión la reparación de los daños y el pago de las costas causídicas. Pero la finalidad que persigue el art. 23 (evitar un nuevo uso delictivo del instrumento o que el autor del delito se beneficie con los efectos provenientes de su obrar ilícito) no permite llevar la aplicación de la accesoriedad hasta el punto en que la propone el maestro cordobés. Por otra parte, nos encontraríamos con que, siendo sólo la pena de prisión la que admite la condicionalidad, en los de penas de multa e inhabilitación *procedería necesariamente el decomiso.*

En cuanto a los objetos sobre los cuales puede recaer el decomiso, los *efectos* del delito son los que se han obtenido di-

rectamente por medio del delito (p.ej., el dinero hurtado) o producidos por él (p.ej., la moneda falsa); en ello se está de acuerdo. Por tanto no quedan comprendidos dentro de aquel concepto los efectos que el condenado se ha procurado empleando el producto del delito (p.ej., el dinero que obtuvo de la venta de la cosa hurtada, el televisor que adquirió con el dinero "estafado", etc. –Soler–), ya que lo contrario importaría alterar la naturaleza de la pena accesoria (Núñez), sin perjuicio, claro está, de que tales bienes puedan afectarse a las indemnizaciones.

Lo que ha sido materia de mayores controversias es el concepto de *instrumentos* del delito; para la generalidad de la doctrina son los que se han empleado "intencionalmente" para cometer el delito (se dice que la voz "instrumento" tiene una connotación psíquica), con lo cual quedarán excluidos, por supuesto, los que han sido instrumentos de un delito culposo (p.ej., el automóvil con el que se causó lesiones culposas). Pero una parte de la jurisprudencia ha restringido más aún ese concepto, limitando los "instrumentos" a los objetos que, por su propia naturaleza, están destinados a servir para la especie del hecho ilícito de que se trate, pero no los que tienen otro destino distinto, aunque se los haya empleado para cometer el delito (*JA*, 1947-II-217): si se mata con un revolver éste será decomisable, pero no lo será la tijera que se hubiere empleado con la misma finalidad, lo que no parece una solución dogmáticamente lógica.

En cuanto al destino de los instrumentos decomisados, dispone el art. 23, C.P., que "no podrán venderse, debiendo destruirse", pudiendo "aprovechar sus materiales los gobiernos de provincia o el arsenal de guerra de la Nación"; sin embargo, la doctrina ha señalado que dicha norma no se opone a que los instrumentos sean empleados en su integridad por los entes oficiales, puesto que lo que se persigue es que no pasen a poder de terceros. Como nada se dispone sobre los efectos, el destino de ellos queda librado a las reglamentaciones locales.

B) Incapacidades civiles de los penados

§ 438. ***Naturaleza y carácter de las incapacidades civiles de los penados.*** – También el art. 12, C.P., dispone, en su cláu-

sula 2ª, que las penas privativas de libertad mayores de tres años "importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos". En cuanto a su naturaleza, dos tesis principales se han presentado: según una, estas incapacidades civiles constituyen verdaderas "penas accesorias"; según otra, son incapacidades que no tienen carácter de penas, sino que integran los procedimientos encaminados a resolver las situaciones de hecho creadas por el efectivo cumplimiento del encierro propio de la pena privativa de libertad. Esta última tesis es la que mejor responde al esquema de la fórmula legal (que distingue la inhabilitación absoluta como "pena" accesoria de estas inhabilidades).

> Quizá no deje de notarse la incongruencia de que las incapacidades sólo estén previstas para penas mayores de tres años, cuando en las penas más cortas el encierro plantea los mismos problemas; tal circunstancia, sin embargo (procedente de la raigambre histórica del instituto: la "muerte civil" del condenado), no es suficiente para desconocer que es la misma ley la que une la duración de aquéllas a la duración (efectiva) de la pena y no a la duración de la "condena".

Son incapacidades *de hecho*, porque no afectan a los derechos sino a su ejercicio; como tales son *transitorias* y *relativas*, puesto que no depende de una imposibilidad absoluta del sujeto para dicho ejercicio, y el penado, en otras esferas, "sigue siendo una persona capaz para todos los actos de la vida civil" (Llambías). Su carácter de "accesorias" las hace procedentes de pleno derecho, sin expresa declaración judicial, dada la condición legal establecida.

§ 439. *CONTENIDO DE LAS INCAPACIDADES.* – Como surge del art. 12, C.P., es el ejercicio de dos actividades jurídicas lo que queda menguado para el penado a más de tres años de pena privativa de libertad: la inherente a la patria potestad y la inherente a la administración de sus bienes.

En cuanto a la primera, según lo dicho en el párrafo anterior, se trata de la suspensión de la patria potestad y no de la pérdida de ella, aunque esta última puede darse a consecuencia de la comisión del delito dentro de las prescripciones de la ley

civil (a diferencia de la suspensión de que aquí tratamos, ella requiere la expresa declaración en la sentencia).

La suspensión del ejercicio de la patria potestad importa la del ejercicio de todas las facultades que en virtud de ella tienen los padres sobre los hijos, lo cual comprende la imposibilidad de intervenir en representación de ellos, otorgarles autorizaciones (p.ej., para el matrimonio) y de designar sus suplentes para que ejerzan dichos actos (tutores; ni siquiera pueden designar tutores testamentarios, pese a que no pierden, como veremos, la facultad de testar). Lo que la suspensión no importa es la eximición de las obligaciones que tiene el padre respecto de sus hijos y que puede cumplir pese a su encierro, como es la de prestar alimentos, que sigue pesando sobre su patrimonio.

También se priva al penado de la administración de sus bienes, lo cual importa, claro está, "el derecho a disponer de ellos por actos entre vivos", disposición que, en la esfera patrimonial, lo coloca en la misma situación que al demente y al sordomudo que no sabe darse a entender por escrito (Orgaz). De la fórmula legal se infiere, por exclusión, que el penado puede realizar actos de disposición de última voluntad.

De conformidad con la última cláusula del art. 12, el penado es sustituido por un *curador* en el ejercicio de los derechos en que se encuentra suspendido ("el penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces", dice la fórmula legal). Por supuesto que la designación de curador depende de que el penado esté gozando plenamente de su capacidad civil en el momento de la condena, ya que si está sujeto a otra representación necesaria (patria potestad, tutela o curatela), no será indispensable dicha designación. Siendo ésta una cuestión civil, en el procedimiento correspondiente tiene que intervenir el juez civil a pedido de parte interesada que, en su caso, para ese acto puede serlo el propio penado (el ministerio fiscal o cualquier otro interesado), salvo disposición en contrario de la regulación procesal local.

§ 440. ***Duración de las incapacidades.*** – También en esta materia se han suscitado dos criterios contradictorios a consecuencia del carácter que se asigna a las inhabilidades previstas por el art. 12: quienes consideran que se trata de "penas acce-

sorias" atan la duración al plazo total de la pena impuesta en la condena; quienes rechazan ese carácter, insistiendo en la naturaleza tuitiva, es decir, que son medidas tendientes a solucionar las situaciones de hecho que plantea el encierro, restringen la duración a la del encierro, aunque, cesado éste, no se hayan extinguido otros efectos de la condena.

Pero la divergencia no sólo aparece respecto del término final, sino también respecto del inicial: para los primeros las inhabilidades comienzan a regir desde que la sentencia respectiva ha quedado firme; para los segundos, cuando el penado se ha constituido en encierro.

Participando nosotros del criterio expuesto en segundo lugar, que reconoce carácter tuitivo a las inhabilidades civiles dispuestas por el art. 12 y rechaza su consideración como "penas accesorias", tenemos que resolver de acuerdo con él las situaciones particulares que se presentan, como es la del *liberado condicional*: puesto que para él ha cesado el encierro, recupera el ejercicio de los derechos civiles aunque no haya cumplido la totalidad de la pena impuesta por la condena. En cuanto a la situación del *simple prófugo* (el que no ha sido hallado para cumplir efectivamente la pena impuesta por la sentencia condenatoria que está firme), la consecuencia no puede ser distinta, ya que, no habiendo comenzado para él el encierro, conserva plena capacidad civil.

Pese a la opinión contraria de varios autores que participan del reconocimiento del carácter tuitivo de las medidas, a nuestro criterio la situación del *evadido* (el que ha quebrantado ilícitamente el encierro en que se encontraba) puede ser distinta. Para nosotros no existe disposición alguna en la ley que autorice a devolver al evadido el pleno ejercicio de los derechos que la condena le quitó, a raíz del quebrantamiento del encierro. Además, sostener que la cesación de éste, "por cualquier causa" que se produzca hace desaparecer las inhabilidades, sin excepción alguna, conduciría a sostener que el penado que goza de salidas transitorias recupera, durante ellas, el ejercicio de los derechos de que está suspendido.

§ 441. ***ACTOS REALIZADOS EN VIOLACIÓN DE LAS INCAPACIDADES CIVILES.*** – Si el penado realiza alguno de los actos comprendidos en el ejercicio de los derechos de que ha sido privado, tales

actos son nulos (art. 1043, C.C.) *ab initio*, sin necesidad de previa declaración (art. 1038, Cód. Civil).

Mas, conforme al criterio que hemos seguido (que no se trata de penas accesorias), no estaremos ante nulidades absolutas (arts. 1047, 1048, C.C.), sino relativas: los actos serán susceptibles de confirmación y la nulidad sólo alegable por la parte en beneficio de la cual la ha establecido la ley (art. 1048, Cód. Civil).

Esta última afirmación plantea una singular dificultad. Dado el carácter tuitivo de las inhabilitaciones, las partes que podrían alegar la nulidad serían el curador del penado, éste mismo o sus sucesores. Una aplicación irrestricta de tal solución legal podría producir consecuencias muy injustas, especialmente cuando el penado ha ejercido el derecho encontrándose en situación de evadido. Sin embargo, tales injusticias quedan cubiertas por las normas civiles: en primer lugar el art. 1066, C.C., excluye de la regla del art. 1048, C.C., los supuestos en que el incapaz hubiese procedido con dolo, salvo "cuando el dolo consistiere en la ocultación –artificiosa, dice la doctrina– de la incapacidad", por lo cual si el penado se limitó a callar su condición, la nulidad del acto no podrá ser invocada por él ni por quien lo represente; en otros casos, el art. 1056, C.C., puede colocarlo ante la obligación de reparar las consecuencias de la nulidad a la cual contribuyó.

C) Reparación del daño producido por el delito en las normas contenidas en el Código Penal

§ 442. *El título IV del libro I del Código Penal.* – Siguiendo una idea arraigada en la legislación desde el siglo pasado –pese a las muchas críticas sobre la inconveniencia de producir dos legislaciones paralelas sobre el mismo tema: la de la ley civil y la de la penal–, nuestro Código Penal incluyó todo un título sobre la reparación civil de los daños producidos por el delito.

El primer problema que planteó aquella regulación fue, por consiguiente, el de sus relaciones con la regulación civil que ya existía: para unos la regulación penal implicaba una reforma de la civil, que derogaba el art. 1096, C.C. (el cual consagraba la separación de las acciones civil y penal), y obligaba a demandar la reparación en el proceso penal (Gómez); para

otros, aquélla implicaba una simple modificación de la regulación civil, que autorizaba a que ambas acciones pudiesen ser llevadas adelante en el mismo proceso sin desconocer que se trataban de dos acciones distintas, de conformidad con la separación consagrada por aquel artículo.

Pero, dentro de esta última tendencia tampoco se seguía un criterio uniforme: para unos el art. 29, C.P., autorizaba al juez penal a fijar de oficio la indemnización (es decir, aun sin petición de parte); para otros aquella norma, al no variar el carácter privado de la acción reparatoria, lo único que permitía era su introducción en el proceso penal, pero no extendía de aquel modo las facultades del juez, quien sólo podía decidir el aspecto civil mediando pedido de parte: si el damnificado no demanda la reparación, el magistrado no puede pronunciarse sobre ella. Esta última tesis –que pudo haber sido, por otra parte, la seguida por el legislador de 1921, pese a las dudas de nuestros positivistas– es la que ha terminado por primar en la doctrina y la jurisprudencia.

§ 443. *Introducción de la acción civil en el proceso penal. Conflictos con leyes locales.* – Este último criterio indica que serán las leyes procesales locales las reguladoras del modo de introducir la pretensión civil en el proceso penal. La generalidad de las que hoy rigen han creado la figura del actor civil dentro de aquel proceso, detallando un procedimiento especial para el ejercicio de la acción civil en él. Códigos de viejo cuño (como el nacional) siguen asignando el derecho a demandar la reparación a quien asume el cargo de querellante en el proceso penal.

Pero lo que hay que tomar en cuenta es que el art. 29, C.P., significa una asignación de competencia a determinado juez, y trae, por tanto, una norma propia de la legislación local, la que, en ese aspecto, puede desconocerla (nada obstaría a que la ley local asignase dicha competencia exclusivamente al juez civil; ver, al respecto, nuestro trabajo sobre la *Acción reparatoria en el proceso penal*).

§ 444. *Contenido y orden de las reparaciones.* – Según el art. 29, C.P., lo que el juez penal puede disponer, en lo que atañe a la acción de reparación de los daños producidos por el delito, es: *1º*) "la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero"; *2º*) "la restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible la

restitución, el pago por el reo del precio corriente de la cosa, más el de estimación si lo tuviere"; *3º*) "el pago de las costas". La doctrina argentina ha sostenido mayoritariamente que los incs. 1º y 2º del art. 29 establecen un "orden de reparación", según el cual el responsable podría indemnizar sin restituir la cosa; para nosotros esos incisos no establecen tal orden, sino que cada uno de ellos se refiere a la reparación de distintas especies de delitos: el inc. 1º a los delitos en que la restitución al estado anterior es imposible (p.ej., delitos contra la vida) y el inc. 2º a los delitos en que esa restitución es posible (p.ej., en los delitos contra la propiedad) y en esta segunda norma sí se determina un orden: en primer lugar procede la restitución y, si ella no es practicable, la indemnización.

Recordemos que al proponerse el proyecto de 1960, Soler, partiendo del criterio de que el art. 29, C.P., establecía un orden reparatorio, trató de invertirlo, disponiendo en el inc. 1º la restitución y en el 2º la indemnización cuando aquélla resultara imposible, lo cual suscitó una aguda polémica con quienes creían que así se modificaba el orden establecido por el legislador civil, ya que el art. 1083, C.C., consagraba –según ellos– la indemnización pecuniaria como regla y la restitución como posibilidad eventual (Orgaz).

Pensamos nosotros que tan dura polémica se hubiese podido obviar advirtiendo que el art. 29 no establece ningún orden, sino que los incs. 1º y 2º se refieren a cuestiones distintas, como lo indicamos en el texto. Esta idea se apoya no sólo en la teleología de la ley, sino también en la letra de la fórmula, ya que tanto en el inc. 1º como en el 2º se contiene una referencia al daño moral (el inc. 2º se refiere a él llamándolo "precio de estimación", como veremos) y parece incongruente que si se establece un orden reparatorio, en ambas escalas de ese orden se haga una particular mención de la reparación del mismo daño.

"Claro está –decíamos en *Cuestiones penales*– que es una reglamentación imperfecta en cuanto queda marginada de ella una serie de supuestos donde no se puede hablar de 'restitución de la cosa obtenida por el delito'... pero, no afectándose bienes personalísimos, es posible restituir el estado de hecho al que existía antes de la ocurrencia delictiva (p.ej., el delito de daño, falsificaciones, alteraciones de estado civil, etcétera). Y como estamos ante la regulación de una relación de derecho civil, en ellos sería imprescindible aplicar los principios generales... (art. 16, C.C.), con lo que la regla reparatoria será la restitución al estado anterior (art. 1083, C.C., ahora vigente), no la restitución de la *cosa*".

§ 445. *El "precio de estimación" del inciso 2º del artículo 29, Código Penal.* – Acabamos de sostener que el "precio de estimación" mencionado en el inc. 2º del art. 29 equivale al "daño moral" que se menciona en el inc. 1º. En efecto, el precio de estimación es el llamado "valor de afección", que no es otra cosa que el valor de una particular especie de daño moral. En esto los antiguos tratadistas como Moreno y Malagarriga estaban de acuerdo, aunque después el tema fue descuidado por la doctrina penal, con lo que no dejaron de introducirse confusiones, pero en la civil sigue siendo claro: el valor de afección se vincula al daño moral (Busso); es el agravio moral que sufre la persona por el menoscabo de ciertos bienes materiales, "que se hayan impregnado de la personalidad de su dueño" y a su respecto se deben tener en cuenta "los mismos elementos de juicio" que guían el criterio del juez "cuando acuerda una determinada suma de dinero en concepto de indemnización por agravio moral" (Brebbia).

§ 446. *Prueba del monto del daño.* – Tampoco ha dejado de suscitar dudas la cláusula contenida en el inc. 1º del art. 29, en cuanto dispone que el juez fije "prudencialmente" el monto de la indemnización "en defecto de plena prueba". Actualmente, sin embargo, puede considerarse pacífica la doctrina que aclara que la determinación "prudencial" del juez no se refiere a la *existencia del daño* sino al *valor* de él; por tanto, para que sea de aplicación dicha norma es imprescindible que el daño esté fehacientemente acreditado: sólo cuando falten pruebas en relación al monto de él el juez podrá acudir a su fijación prudencial.

§ 447. *La solidaridad reparatoria.* – El art. 31, C.P., consagra expresamente la solidaridad "entre todos los responsables del delito" con relación a la obligación de reparar los daños producidos por él, sin distinguir, por supuesto, distintas especies de delitos. Es indudable que cuando la ley habla de *responsables del delito*, se refiere a todas las personas a quienes se haya podido atribuir responsabilidad penal por el hecho, cualquiera que fuese la participación que hubieran tenido en él; quedan, pues, comprendidos los autores, los cómplices y los instigadores.

Sin embargo, el art. 32, C.P., aparentemente introduce una limitación a este principio de solidaridad al disponer que "el que por título lucrativo participare de los efectos de un delito, estará obligado a la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado". Pero, si bien lo consideramos, no es exacto

que constituya una tal limitación, pues la norma no se refiere a los "responsables" del delito, sino a quienes, no siendo responsables de él, han recibido "beneficios" originados en el hecho o por el hecho. Recordemos, en ese sentido, que en la norma, la expresión "título lucrativo" responde a lo que más corrientemente se denomina entre nosotros "título gratuito" (el legislador argentino tomó aquella expresión, a través de las leyes españolas, del primitivo Código Penal del Brasil), es decir, trátase del negocio en que una de las partes adquiere algo sin otorgar contraprestación alguna (o sea, lo contrario del negocio oneroso). Con todo, consideramos que ciertos encubridores –pese a la opinión contraria de parte de la doctrina que llega a ella por una errónea interpretación de las fuentes– con responsabilidad penal propia por el delito de encubrimiento, que han recibido efectos del delito a "título lucrativo" (gratuitamente), quedan comprendidos en la norma; no todos ellos, pues habrá otros casos de encubrimiento que quedarán fuera de ella y el encubridor responderá, entonces, por los daños que hubiere causado su propio delito y no por el delito encubierto.

§ 448. *Insolvencia del condenado. Orden de preferencias.* – La ley penal prevé un orden de preferencias y el procedimiento que hay que seguir en caso de insolvencia total o parcial del condenado.

En cuanto a lo primero el art. 30, C.P., dispone el siguiente orden para el caso en que los bienes del condenado no sean suficientes para afrontar todos los rubros que surgen de la condena: *1*) cumplimiento de la obligación reparatoria; *2*) pago de las costas del juicio; *3*) pago de la multa dispuesta como pena. Pero como se trata de un orden de preferencias establecido sobre el patrimonio del penado, la doctrina y la jurisprudencia indican que hay que evitar, en lo posible, que dicho orden traiga como consecuencia la conversión de la multa en prisión; si ello se presenta como posibilidad, el orden podrá invertirse atendiendo en primer lugar a la pena de multa (es la idea de Soler, seguido por la escasa jurisprudencia que se registra sobre el tema; p.ej., *LL*, 32-798).

En cuanto a lo segundo, en caso de insolvencia total o parcial del condenado, los procedimientos sustitutivos dependerán

de si aquél está o no cumpliendo pena privativa de libertad en encierro. Si no lo está, dispone la ley que "el tribunal señalará la parte de sus entradas o emolumentos" que deberá "depositar periódicamente hasta el pago total" (art. 33, inc. 2°, C.P.), dentro de las limitaciones establecidas por las leyes especiales que rigen la materia (p.ej., en cuanto disponen "porciones" inembargables). Si el condenado está cumpliendo efectivamente pena privativa de libertad, "la reparación se hará en la forma determinada por el art. 11".

Este art. 11, C.P., es el que dispone sobre el destino de los fondos que el condenado obtiene con su trabajo carcelario; con ellos hay que atender los siguientes rubros en orden de preferencia: *1*) pago de las indemnizaciones debidas por los daños originados por el delito; *2*) prestaciones alimentarias debidas por el penado; *3*) gastos que produce en el establecimiento de internación; *4*) formación de un fondo propio (el llamado "peculio"), cuyo monto se le entregará al cesar el encierro. Sin embargo, hay que señalar que la parte del producto del trabajo penal que puede asignarse a la reparación no podrá ser superior al diez por ciento de él, según lo dispuesto por el art. 66 de la ley penitenciaria federal.

BIBLIOGRAFÍA *

OBRAS GENERALES

Alimena, Bernardino, *Principios de derecho penal*, tr. E. Cuello Calón , Madrid, Suárez, 1915.

Antolisei, Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 7ª ed., Milano, Giuffrè, 1975.

Argibay Molina, José F. - Damianovich, Laura T. A. - Moras Mom, Jorge R. - Vergara, Esteban R., *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 1972, 2 volúmenes.

Bacigalupo, Enrique, *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1984.

Beling, Ernst von, *Esquema de derecho penal. La teoría del delito-tipo*, tr. S. Soler, Bs. As., Depalma, 1944.

Bettiol, Giuseppe, *Derecho penal. Parte general*, tr. Pagano, Bogotá, Temis, 1965.

Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal español. Parte general*, Barcelona, Ariel, 1984.

Cabral, Luis C., *Compendio de derecho penal. Parte general*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1987.

Campos, Alberto A., *Derecho penal. Parte general. Libro de estudio*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1980.

Carrara, Francesco, *Programa del curso de derecho criminal*, tr. S. Soler, E. R. Gavier, R. C. Núñez, *Parte general*, Bs. As., Depalma, 1944, 2 volúmenes.

De la Rúa, Jorge, *Código Penal argentino. Parte general*, Bs. As., Lerner, 1972.

Del Rosal, Juan, *Derecho penal español. Lecciones*, Madrid, 1960.

* La presente bibliografía requiere explicaciones sobre algunas exclusiones que pueden llamar la atención. Figuran en ella sólo los trabajos que de manera directa o a través de fichajes realizados a lo largo del tiempo han sido especialmente consultados al redactar la obra, incluso los originalmente escritos en lenguas extranjeras, de los que fundamentalmente me he servido para tratar con amplitud algunos textos sobre debates doctrinarios. Excluyo, pues, las obras de las que sólo tengo noticias indirectas, las monografías y artículos publicados en revistas (aun cuando haya considerado muchos de ellos), ya que su listado hubiese alcanzado proporción desmedida. Salvo la mención de dos o tres clásicos (a los que debo en gran parte mi estructuración del delito), dejo de lado la mención de los libros que pertenecen a otras épocas del derecho penal, aunque varios de ellos pueden seguir figurando con utilidad en las bibliotecas de la materia; es por eso que –sin dejar de reconocer el caudal que ellos aportaron a mi formación– no figuran aquí obras señeras como las de Juan P. Ramos, Eusebio Gómez, Emilio C. Díaz, Enrico Ferri, Filippo Grispigni, Octavio González Roura, Julio Herrera, Rodolfo Moreno y otros.

Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1977, 3 volúmenes.
Gimbernat Ordeig, Enrique, *Introducción a la Parte general del derecho penal español*, Madrid, 1979.
Gómez Benítez, José M., *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1984.
Jeschek, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, tr. S. Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, 2 volúmenes.
Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Losada, 1957/1970, 7 volúmenes.
Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal. Parte general*, tr. J. Ortega Torres, Bogotá, Temis, 1954.
Mantovani, Ferrando, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1979.
Manzini, Vincenzo, *Tratado de derecho penal*, tr. S. Sentís Melendo, Bs. As., Ediar, 1948, 10 volúmenes.
Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, tr. J. Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962, 2 volúmenes.
Mezger, Edmund, *Derecho penal. Parte general. Libro de estudio*, tr. C. A. Finzi, Bs. As., Bibliográfica, 1958.
— *Tratado de derecho penal*, tr. J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1946, 2 volúmenes.
Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975.
Núñez, Ricardo C., *Derecho penal argentino. Parte general*, Bs. As., Bibliográfica, 1959/1960, 2 volúmenes (hay ediciones posteriores).
— *Las disposiciones generales del Código Penal*, Córdoba, Lerner, 1988.
— *Manual de derecho penal. Parte general*, Bs. As., Lerner, 1972.
Pessina, Enrico, *Elementos de derecho penal*, tr. H. González del Castillo, Madrid, Reus, 1936.
Quintano Ripollés, Antonio, *Compendio de derecho penal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, 2 volúmenes.
Ranieri, Silvio, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, Ambrosiana, 1945.
Rodríguez Devesa, José M., *Derecho penal español. Parte general*, 5ª ed., Madrid, 1976.
Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1978.
Roxin, Claus, *Problemas básicos de derecho penal*, tr. D. M. Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976.
Sancinetti, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Bs. As., Hammurabi, 1981.
Sainz Cantero, José A., *Lecciones de derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1982/1985, 3 volúmenes.
Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino. Parte general*, Bs. As., Tea, 1970, 2 volúmenes (la 5ª edición de esta obra, actualizada por Guillermo J. Fierro, fue publicada por la misma editorial en 1987).
Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general*, I. *El hecho punible*, tr. Romero, Madrid, Edersa, 1982.
Terán Lomas, Roberto A. M., *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., Astrea, 1980, 2 volúmenes.
Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, tr. J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, Santiago, Jurídica, 1970.

Wessels, Johannes, *Derecho penal. Parte general*, tr. C. A. Finzi, Bs. As., Depalma, 1980.
Zaffaroni, Eugenio R., *Manual de derecho penal*, 4ª ed., Bs. As., Ediar, 1985 (una versión de ella se ha publicado en Tijuana, México, 1986).
— *En busca de las penas perdidas*, Bs. As., Ediar, 1989.
— *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Ediar, 1980/1983, 5 volúmenes.
Zielinski, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, tr. M. A. Sancinetti, Bs. As., Hammurabi, 1990.

PRINCIPIOS GENERALES

Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, Madrid, 1983.
Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, tr. Búnster, México, 1986.
Peláez, Michelángelo, *Introducción al estudio de la criminología*, tr. M. de Rivacoba y Rivacoba, Bs. As., Depalma, 1966.
Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Elementos de criminología*, Valparaíso, 1982.
Roxin, Claus, *Política criminal y sistema de derecho penal*, tr. F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1972.

EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL

Creus, Carlos, *Ideas penales contemporáneas*, Bs. As., Astrea, 1985.
De la Rúa, Jorge, *La codificación penal latinoamericana*, Caracas, 1982.
Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Los iusnaturalistas clásicos y el pensamiento penal*, Valparaíso, 1985.
Rivacoba y Rivacoba, Manuel de - Zaffaroni, Eugenio R., *Siglo y medio de codificación penal en iberoamérica*, Valparaíso, 1980.
Varios, *Abolicionismo penal*, tr. M. A. Ciafardini y M. L. Bondanza, Bs. As., Ediar, 1989.

TEORÍA DE LA LEY PENAL

Bramont Arias, Luis, *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*, Lima, 1950.
Caballero, José S., *Acciones privadas de los hombres y autoridad de los magistrados*, Bs. As., La Ley, 1989.
Fierro, Guillermo J., *La ley penal y el derecho internacional*, Bs. As., Depalma, 1977.
— *La ley penal y el derecho transitorio*, Bs. As., Depalma, 1978.
Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, 4ª ed., Bs. As., Hermes, 1963.

DELITO EN GENERAL

Carnelutti, Francesco, *Teoría general del delito*, tr. V. Conde, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1941.
Dohna, Alexander Graf zu, *La estructura de la teoría del delito*, tr. C. Fontán Balestra y E. Friker, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1959.
Gallas, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, tr. J. Córdoba Roda, Barcelona, Bosch, 1959.
Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, 4ª ed., Bs. As., Hermes, 1963.

Laje Anaya, Justo, *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Bs. As., Depalma, 1985, vol. I.
Tavares, Juárez E. X., *Teorías del delito. Variaciones. Tendencias*, tr. N. Pessoa, Bs. As., Hammurabi, 1983.

Acción

Gramajo, Edgardo, *La acción en la teoría del delito*, Bs. As., Astrea, 1975.
Magariños, Mario, *Teoría de la imputación objetiva*, Doctrina Penal, Bs. As., 1989, p. 651.
Spolansky, Norberto E., *Acción y causalidad*, en "Ilicitud e indemnización", Bs. As., Jorge Álvarez.

Tipo-tipicidad

Bacigalupo, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, Bs. As., Pannedille, 1970.
Baigún, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Bs. As., Depalma, 1967.
— *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Bs. As., Pannedille, 1971.
Folchi, Mario O., *Importancia de la tipicidad en derecho penal*, Bs. As., Depalma, 1967.
Gimbernat Ordeig, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y la causalidad*, Madrid, Reus, 1966.
Jiménez Huerta, Mariano, *La tipicidad*, México, Porrúa, 1955.
Novoa Monreal, Eduardo, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Bs. As., Depalma, 1984.
Reyes Echandía, Alfonso, *La tipicidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1976.
Roxin, Claus, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, tr. E. Bacigalupo, Bs. As., Depalma, 1978.

Antijuridicidad-justificación

Carreras, Eduardo R., *Las causas de justificación*, Bs. As., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978.
Donna, Edgardo A., *El exceso en las causas de justificación*, Bs. As., Astrea, 1985.
Jiménez Huerta, Mariano, *La antijuridicidad*, México, Imp. Universitaria, 1952.
Luzón Peña, D. Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Bosch, 1978.
Malamud Goti, Santiago, *Legítima defensa y estado de necesidad*, Bs. As., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977.
Moro, Aldo, *La antijuridicidad penal*, tr. D. A. de Santillán, Bs. As., Atalaya, 1949.
Nino, Carlos S., *La legítima defensa. Fundamento y régimen jurídico*, Bs. As., Astrea, 1982.
Petrocelli, Biagio, *L'antigiuridicità*, Padova, Cedam, 1959.
Reyes Echandía, Alfonso, *La antijuridicidad*, Bogotá, 1977.
Vidal, Humberto S., *Ilicitud. Justificación. Exceso*, Córdoba, Lerner, 1985.

Culpabilidad

Bustos Ramírez, Juan, *Culpa y finalidad (Los delitos culposos y la teoría final de la acción)*, Santiago de Chile, Jurídica, 1967.

Córdoba Roda, Juan, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, Barcelona, Bosch, 1962.
Fierro, Guillermo J., *La obediencia debida en el ámbito penal y militar*, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1984.
Finzi, Marcello, *El delito preterintencional*, tr. C. A. Finzi, Bs. As., Depalma, 1981.
Frías Caballero, Jorge, *Imputabilidad penal. Capacidad personal de reprochabilidad ético-social*, Bs. As., Ediar, 1981.
Malamud Goti, Santiago, *El delito imprudente*, Bs. As., Astrea, 1972.
Núñez, Ricardo C., *La culpabilidad en el Código Penal*, Bs. As., Depalma, 1946.
Oderigo, Mario A., *Delitos preterintencionales*, Bs. As., Abeledo, 1952.
Petrocelli, Biagio, *La colpevolezza*, Padova, Cedam, 1962.
Reyes Echandía, Alfonso, *La culpabilidad*, Bogotá, 1977.
Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *La obediencia jerárquica en el derecho penal*, Valparaíso, Edeval, 1969.
Roxin, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, tr. F. Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981.
Schurmann Pacheco, Rodolfo, *El delito ultra o preterintencional*, Córdoba, Lerner, 1968.
Spolansky, Norberto E., *Imputabilidad y comprensión de la criminalidad del acto*, Bs. As., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
Terragni, Marco A., *Homicidio y lesiones culposas. Teoría del delito culposo*, Bs. As., Hammurabi, 1979.

Concurso de delitos y unificación de penas

Castiñeira, María T., *El delito continuado*, Barcelona, Bosch, 1977.
Creus, Carlos, *Aspectos penales y procesales de la unificación de penas*, en "Cuestiones penales", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1982.
Maier, Julio B., *Derecho procesal penal argentino*, t. I, *Fundamentos*, 2 vol., Bs. As., Hammurabi, 1989.
Nino, Carlos S., *El concurso en el derecho penal*, Bs. As., Astrea, 1972.
Puig Peña, Federico, *Colisión de leyes penales. Concurso aparente de leyes punitivas*, Barcelona, Bosch, 1955.

Teoría del error

Herrera, Lucio E., *El error en materia penal*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1971.
Tozzini, Carlos A., *Dolo, error y eximentes putativas*, Bs. As., Depalma, 1964.

Autoría y participación

Bacigalupo, Enrique, *Culpabilidad, dolo y participación*, Bs. As., Jorge Álvarez, 1968.
— *La noción de autor en el Código Penal*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1965.
Bockelmann, Paul, *Reflexiones sobre autoría y participación*, tr. C. Fontán Balestra y E. Friker, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1960.
Fierro, Guillermo J., *Teoría de la participación criminal*, Bs. As., Ediar, 1964.
Latagliata, Angelo R., *El concurso de personas en el delito*, tr. C. A. Tozzini, Bs. As., Depalma, 1967.

Terán Lomas, Roberto A. M., *La teoría del autor en la sistemática del derecho penal y otros ensayos*, Bs. As., Manes, 1964.

"Iter criminis" y tentativa

Cavallero, Ricardo J., *El delito imposible. La tentativa inidónea en el derecho penal argentino*, Bs. As., Universidad, 1983.
Frías Caballero, Jorge, *El proceso ejecutivo del delito*, 2ª ed., Bs. As., Bibliográfica, 1956.
Núñez Barbero, Ruperto, *El delito imposible*, Salamanca, 1963.
Pessoa, Nelson R., *La tentativa. Distinción entre actos impunes y actos de ejecución de delitos*, Bs. As., Hammurabi, 1987.
— *Delito imposible*, Bs. As., Hammurabi, 1989.
Scarano, Luigi, *La tentativa*, tr. L. E. Romero Soto, Bogotá, Temis, 1961.

Punibilidad

Laje Anaya, Justo, *Excusas absolutorias en los delitos contra la propiedad*, Bs. As., Pannedille, 1974.
Vera Barros, Oscar N., *La prescripción penal en el Código Penal*, Bs. As., Bibliográfica, 1960.

Teoría de la sanción

Caballero, José S., *El significado doctrinario y jurisprudencial de la libertad condicional regulada por el Código Penal*, Córdoba, Lerner, 1964.
Creus, Carlos, *La incapacidad civil de los penados y su curatela*, en "Cuestiones penales", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1982.
— *Reincidencia*, en "Cuestiones penales", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1982.
Creus, Carlos - Olazábal, Julio de, *Modificación al Código Penal. Ley 23.057*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1984.
Donna, Edgardo A., *Reincidencia y culpabilidad. Comentarios a la ley 23.057 de reforma al Código Penal*, Bs. As., Astrea, 1984.
Kent, Jorge, *El patronato de liberados y el instituto de la libertad condicional*, Bs. As., Astrea, 1974.
Latagliata, Angelo R., *Contribución al estudio de la reincidencia*, tr. C. A. Tozzini, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1963.
Luder, Ítalo A., *El sistema jurídico de la ejecución penal*, La Plata, Instituto de Investigación y Docencia Criminológicas, 1959.
Marchiori, Hilda, *Las circunstancias para la individualización de la pena*, Córdoba, Lerner, 1984.
Terragni, Marco Antonio, *Muerte-prisión y otras sanciones penales*, Rosario, *Zeus*, 1990.
Vera Barros, Oscar N., *Condenación condicional*, Córdoba, Imp. de la Universidad, 1960.
Viñas, Raúl H., *Delincuencia juvenil y derecho penal de menores*, Bs. As., Ediar, 1984.

ÍNDICE ALFABÉTICO

Los números remiten a los parágrafos. Los vocablos en bastardilla indican los puntos especialmente considerados en los distintos programas universitarios de la materia.

A

"Aberratio causae": 321.
"Aberratio ictus": 321.
Aborto terapéutico: 297, c, 1, *b*.
Abuso del derecho: 299.
Acción (nes): 156 a 172.
  acumulativas: 193.
  alternativas: 193.
  ausencia de: 279.
  civil reparatoria: 442.
  concepto de: 156 a 172.
    unidad del: 170; 172.
  concepto social de la: 157.
  núcleo de la: 188.
  positiva: 173; 174.
  procesal penal: 261.
    extinción de la: 343.
  sentido social de la: 205.
"Actio libera in causa": 248; 249; 281; 305.
Actividades fomentadas y permitidas: 296.
Actos preparatorios: 376.
Acuerdos plenarios: 61.
Agente provocador: 372.
Agotamiento del delito: 395.
Alteraciones morbosas de las facultades: 304, b.
Alternatividad: 263.
Amenazas: 332; 333.
Amnistía: 406.
Analogía: 62.
  "in bonam partem": 63; 64.
Ánimo de lucro: 401.
"Animus auctoris": 353.
"Animus socii": 353.
Antijuridicidad: 218 a 231.
  ausencia de: 290 a 302.
  formal: 141; 228.
  material, sustancial: 141; 228.
  subjetiva: 223.
  unidad de la: 228.
Aparatos de poder organizados: 357.
Arrepentimiento eficaz: 384; 386.
Atribuibilidad: 144; 236.
"Aufklärung": 34.
Autor: 352 a 361.
  concepto extensivo de: 353.
  inmediato o directo: 355.
  mediato: 349; 355 a 360.
    instrumento inculpable del: 357.
    instrumento inimputable del: 357.
    instrumento justificado del: 357.
  teoría formal objetiva sobre el: 353.
  teoría material objetiva sobre el: 353.
  teorías subjetivas sobre el: 353.
Autoría: ver Autor.
Auxiliador "sub sequens": 364.
Auxilio: 364.
Ayuda: 364.

B

Bien jurídico protegido: 164; 202; 220.

C

Casación: 61.
Casamiento con la ofendida: 343.
Caso fortuito: 287.
Causalidad: 166 a 172; 196.
en la omisión: 181.
nexo de: 166.
presunta: 181.
real: 181.
teorías sobre la: 166.
Causalismo: 126; 156; 182.
Ciencia del derecho penal: 20 a 24.
Coacción: 254; 331 a 341.
Coautores: 360.
como partícipes: 363.
Co-culpabilidad: 238.
Codelincuencia: 202; 351.
"Codex Iuris Canonici": 33.
Código
de Hammurabi: 31.
de Manú: 31.
de Netzahualcóyotl: 31.
Napoleón: 35.
"Cogitationes poena nemo patitur": 163; 375.
Comienzo de ejecución del delito: 380.
criterio de la univocidad-equivocidad en el: 380.
teorías sobre el: 380.
Comisión por omisión: 176; 178.
Cómplice (s): 354; 363.
primarios o necesarios: 363.
secundarios: 365.
Complicidad
sucesiva: 363.
tentativa de: 364.
Comportamientos automatizados: 288.
Composición: 29.
Cómputo de la prisión preventiva: 107; 405.
Concausas: 165; 286.
Conciencia
disidente: 327.
suficiente: 246.
Concurso
de delitos: 268 a 276.
de leyes o aparente de delitos: 272.
ideal o formal: 273.
principio de absorción en el: 273.
real o material: 274.
sistema de la acumulación en el: 274.
sistema de la composición o de la acumulación jurídica en el: 274.
Condenación condicional (condena de ejecución condicional): 420 y siguientes.
revocación de la: 424.
Condicionamientos procesales: 258.
Condiciones
de procedibilidad: 263.
objetivas de punibilidad: 215; 256 a 260.
procesales de imposición de la pena: 261 a 267.
Conducta (s): ver Acción.
socialmente adecuadas: 203.
voluntaria del autor: ver Peligro.
Conmutación: 405.
Consentimiento del ofendido: 295.
Consumación del delito: 392.
Consunción: 272.
Contravenciones: 18.
Convergencia intencional: ver Participación.
Co-responsabilidad de la sociedad: 11.
Cosa juzgada: 108.
Costumbre: 60.
Criminalidad, comprensión de la: 240.
Criminología: 23.
crítica: 44.
Culpa: 243.
consciente (con representación): 243, i.
elemento cognoscitivo de la: 243, g.
elemento volitivo de la: 243, g.
inconsciente: 243, i.
Culpabilidad: 232 y siguientes.
Cumplimiento del deber: 297, b.

D

Deber de cuidado: 206; 243, a.
Decomiso de efectos e instrumentos del delito: 437.
Decretos leyes: 75.
Defensas
mecánicas predispuestas: 297, a.
privilegiadas: 297, b, 1.

Defensismo social: 37 y siguientes.
Delito (s)
a distancia: 115, b; 393.
agotamiento del: 395.
calificados por el resultado: 211; 244.
consumación del: 392.
continuado: 190; 276.
culposos: 210.
de acción
bilateral: 201.
positiva: 173.
privada: 266.
pública: 264.
dependiente de instancia privada: 265.
ejercitable de oficio: 265.
simple: 193.
de acciones plurales: 193.
de doble acción: 193.
de dominio: 353.
de formulación casuística: 165.
de formulación libre: 165.
de "garante": 199.
de infracción del deber: 353.
de lesión: 164; 194.
de olvido: 243, j.
de omisión: 173.
de propia mano: 159; 200.
de resultado: 164; 194.
de resultado cortado: 212.
de simple actividad: 164; 194.
de tendencia: 212.
de tránsito: 393.
dolosos: 210.
elementos estructurales del: 147 a 153.
especiales
impropios: 199.
propios: 199.
estructura del: 124; 140.
experimental: 372.
fin: 270.
formales: 194.
frustrado: 384.
imperseguibilidad del: 344 y siguientes.
imposible: 285; 330; 388.
incompletos (o mutilados) de dos actos: 212.
instantáneos: 189.
lugar de comisión del: 393.
medio: 270.
permanentes: 189; 276.
político: 8.
plurisubjetivos o colectivos: 201.
plurisubsistentes: 193.
preterintencionales: 211; 244.
propios o especiales: 159; 199.
putativo: 285; 328; 388.
teoría analítica o estratificada del: 133; 134 a 146.
tiempo de comisión del: 353.
unisubjetivos, monosubjetivos o individuales: 109.
Delito-tipo: 149.
Delegación legislativa: 74.
Derecho de ejecución penal: 13.
Derecho internacional penal: 13.
Derecho penal
administrativo: 18.
autoritario: 14.
canónico: 33.
ciencia del: 20 y siguientes.
como constitutivo: 227.
como sancionador: 227.
común: 15.
concepto de: 1.
contravencional: 18.
chino: 31.
de acto: 14; 158.
de autor: 14; 158.
de bagatelas: 204.
de culpabilidad: 14.
de peligrosidad: 14.
del menor: 19.
disciplinario: 16.
económico: 19.
especial: 15.
evolución del: 26 y siguientes.
germánico: 32.
griego: 32.
hebreo: 31.
individualista: 14.
internacional: 113.
liberal: 14; 35.
mágico: 28.
militar: 17.
objetivo: 6.
"por representación": 115, d.

romano: 32.
socialista: 14.
subjetivo: 6.
tributario o fiscal: 19.
Derecho penitenciario: 13.
Derecho procesal penal: 13.
Desistimiento voluntario: 383; 386.
Destinatarios de la ley penal: 81.
Determinador: 349; 368.
Determinismo: 129.
Día multa: 400.
Dogmática: 21 y siguientes.
argentina: 47.
Dolo: 242.
concepto natural de: 156; 234.
directo: 242, c.
elemento cognoscitivo del: 242, b.
elemento volitivo del: 242, b.
específico o calificado: 242, g.
eventual: 242, a.
indirecto o necesario: 242, c.
"Dolus generalis": 321.
Dominio del hecho: 349; 353.

E

Efectos del delito: 437.
Egología: 49.
Ejecución del delito: ver Comienzo de ejecución.
Ejercicio
de la autoridad o cargo: 297, b, 1.
del derecho: 297, a.
Elementos
estructurales del delito: 147 y siguientes.
normativos del tipo: 208.
subjetivos del tipo: 162; 212.
Embajadores: 120.
Emoción violenta: 204, d.
Enajenación: 304, b.
Equivalencia de condiciones: 166.
Equivocidad: ver Comienzo de ejecución.
Error
accidental: 315.
de comprensión: 311.
de conocimiento: 311.
de derecho: 309.
de hecho: 309.
de prohibición: 308; 311.
de subsunción: 324.
de tipo: 308; 311.
esencial: 315.
"in objecto": 318.
"in personam": 319.
invencible: 316.
sobre el curso causal: 321.
sobre la punibilidad: 314; 326.
teoría del: 308 a 330.
Escuela (s)
clásica: 36.
de Frankfurt: 44.
intermedia: 38.
positiva: 37.
Especialidad: 272.
Estado (s)
de inconsciencia: 304, c.
de necesidad: 297, c, 1.
exculpante: 335.
emocionales: 288; 304, d.
Estructura del delito: 124; 140.
Evolución del derecho penal: 26 y siguientes.
Exceso: 301 y siguientes.
de dolo, regla del: 270.
del autor: 366.
en la causa: 302.
extensivo: 302.
intensivo: 302.
Excusas absolutorias: 214; 260; 343 y siguientes.
Exigencias subjetivas de las justificantes: 298.
Extensiones del tipo: ver Tipo.
Extinción de la acción procesal penal: ver Acción procesal penal.
Extractividad de la ley penal más benigna: 98.
Extradición: 117.

F

Faltas: ver Contravenciones.
Fascismo: 41.
Figura de delito: 149; 150.
Figuras complejas: 211.
Finalismo: 126; 154; 156; 182; 237.
argentino: 50.
Fines de la pena: 10.

Fuentes
de conocimiento: 52.
inmediatas o primarias: 54.
mediatas o secundarias: 54.
de producción: 52.
del derecho penal: 52 y siguientes.
Fuerza física irresistible: 282.

G

Garante, posición de: ver Posición.
Glosadores: 33.

H

Hechos co-penados: 272.
Hipnosis: 283.

I

Ideas, punición de las: ver Punición.
Ignorancia: 309.
Ilustración: 34.
Impericia: 243, e.
Imperseguibilidad del delito: ver Delito.
Imprudencia: 243, e.
Impunidad: 347 y siguientes.
Imputabilidad: 246 y siguientes.
disminuida: 251; 306.
Inaplicabilidad de la ley o doctrina legal: ver Recurso.
Incapacidades civiles de los penados: 438 a 441.
Inconsciencia absoluta: 280.
estado de: 304, c.
Inculpabilidad: 242, i; 243, h.
Individualización
de la pena: 414 a 434.
ejecutiva de la pena: 428 a 434.
"In dubio pro reo": 94.
Indulto: 406.
Inhabilitación: 402.
absoluta: 402.
accesoria: 436.
especial o relativa: 402.
Inimputabilidad: 303 a 307.
Injusto: 133.
concepto personal del: 143.
Inmadurez: 304, a.
Inmunidades: 118.
Inobservancia de reglamentos y deberes: 243, e.
Insolvencia del condenado: 448.
Instigación: ver Instigador.
Instigador: 367 y siguientes.
Instrumento
inculpable del autor mediato: ver Autor mediato.
inimputable del autor mediato: ver Autor mediato.
justificado del autor mediato: ver Autor mediato.
Instrumentos
del delito: 437.
internacionales: 9.
Insuficiencia de facultades: 304, b.
Internación manicomial: 409.
Interpretación de la ley penal: 82 y siguientes.
auténtica: 92.
declarativa: 93.
extensiva: 63; 93.
judicial: 92.
progresiva: 84.
reglas de: 86.
restrictiva: 93.
Intervenciones médico-quirúrgicas: 295.
Irretroactividad de la ley: 98.
"Iter criminis": 371 y siguientes.
"Ius puniendi": 6 y siguientes.

J

Jefes de Estado: 120.
Juicio de reproche: 143; 232; 239; 252 a 254.
Jurisprudencia: 61.
Justificación
aspectos subjetivos de la: 298.
causas de: 290 y siguientes; 297.
fuentes de la: 291.
límites éticos de la: 300.
putativa: 298, b; 325.
supralegal: 292.
Justificantes incompletas: 302.

L

La Carolina: 33.
Las Partidas: 32.

Legislación penal argentina: 51.
Legisladores, fuero de los: 119.
Legítima defensa: 297, c, 2.
de terceros: 297, c, 2, *c*.
del Estado: 297, c, 2, *c*.
pretexto de: 297, c, 2.
privilegiada (presumida): 297, c, 2, *d*.
Lesiones deportivas: 333.
"Lex tertia": 107.
Ley (es) penal (es)
ámbito de validez de la: 95 y siguientes.
caracteres de la: 68.
completas o perfectas: 70.
destinatarios de la: 81.
en blanco: 70; 77.
estructura de la: 68.
formal: 56.
intermedia: 109.
interpretativa: 111.
limitaciones funcionales de la: 118 a 120.
más benigna: 104; 106.
material: 56.
permanentes: 71.
sin vigencia: 105.
sucesión de: 97; 101.
temporarias: 71; 110.
excepcionales: 71; 110.
temporales: 71; 110.
Libertad condicional: 430 a 434.
en la reclusión por tiempo indeterminado: 411.
revocación de la: 434.
Libre arbitrio: 128.
Lugar de comisión del delito: ver Delito.

M

Madurez mental: 246.
Mandato: 220.
Medidas de seguridad: 3; 66; 307; 407 a 413.
curativas: 408.
educativas: 407; 410.
eliminatorias: 408.
y sucesión de leyes: 112.
Medios
hipnóticos: 283.
morales: 285.
Menores
derecho penal de los: 19.
régimen de los: 413.
Método dogmático: 22.
gramatical: ver Procedimiento.
histórico: ver Procedimiento.
sistemático: ver Procedimiento.
teleológico: ver Procedimiento.
Miedo: 304, d.
Mínimo mayor: 274.
Ministros plenipotenciarios: 120.
Muerte
del condenado: 406.
del cónyuge ofendido: 406.
Multa: 400.
procedimientos sustitutivos de la: 400.

N

Nacional-socialismo: 7.
Narcóticos: 283.
Negligencia: 243, e.
Nexo de causalidad: ver Causalidad.
No exigibilidad de otra conducta: 253; 331 a 341.
Norma (s)
constitucionales: 7.
de cultura: 80.
del Poder administrador: 73.
general supletoria: 53.
Normativismo: 142; 237.
culturalista: 48.
Núcleo de la acción: ver Acción.
"Nullum crimen, nulla poena, sine culpa": 233.

O

Obediencia debida o jerárquica: 289; 297, b, 2; 338 a 341.
Objeto material del delito: 195.
Ofendido: 197.
Ofendiculas: 297, a.
Oligofrenias: 304, b.
Omisión: 173; 175; 230.
impropia: ver Comisión por omisión.

por comisión: 179.
propia o simple: 177.

P

"Parricidium": 32.
Participación: 217; 349.
convergencia intencional en la: 364.
en cadena: 369.
necesaria: ver Codelincuencia.
principio de accesoriedad en la: 364.
principio de exterioridad en la: 364.
teoría de la accesoriedad extrema o máxima en la: 364.
teoría de la accesoriedad limitada en la: 364.
Peligro
abstracto: 164; 194.
concreto: 164; 194.
conducta voluntaria del autor como origen del: 336.
Peligrosidad: 407; 408.
Pena (s)
accesorias: 404; 435.
alternativas o conjuntas: 404.
de inhabilitación: 400.
de muerte: 403.
de multa: 400.
divisibles: 404.
extinción de la: 406.
fin de la: 10.
teorías absolutas sobre el: 10.
teorías mixtas sobre el: 10.
teorías relativas sobre el: 10.
individual: 27.
individualización de la: 414 a 434.
ejecutiva de la: 414 y siguientes.
indivisibles: 404.
de inhabilitación: 400.
paralelas: 404.
prescripción de la: 406.
interrupción de la: 406.
suspensión de la: 406.
principales: 404.
privativas de libertad: 399.
cómputo de la: 399.
de prisión: 399.
de reclusión: 399.
ejecución de la: 399.
pública: 27; 30.
Perdón
del ofendido: 406.
judicial: 398.
"Perduellio": 32.
Personas jurídicas: 166.
Plan del autor: 380.
Política criminal: 24.
Posición o situación de garante: 180; 206.
Positivismo: 37.
argentino: 46.
jurídico: 39 y siguientes.
Post-glosadores: 33.
Precepto: 68.
Precio de estimación: 445.
Presupuestos procesales: 262.
Preterintencionalidad: 244.
Prevención
especial: 10.
general: 10.
Previsibilidad: 243, f.
Principio (s)
de absorción en el concurso ideal: 273.
de accesoriedad en la participación: ver Participación.
de confianza: 243, d.
de exterioridad en la participación: ver Participación.
de extractividad de la ley penal más benigna: 99; 102.
de igualdad ante la ley: 118.
de legalidad: 55 y ss.; 184.
de legalidad procesal: 56.
de reserva: 55 y siguientes.
personal o de la nacionalidad: 114, b; 115, c.
real, de protección o de la defensa: 114, c; 115, b.
territorial: 114, a; 115.
universal o cosmopolita: 114, d; 115, e.
vicarial: ver Sistema.
Prisión preventiva, cómputo de la: 107; 405.
Privación de la paz: 29.
Procedimiento (s)
gramatical: 87.
histórico: 90.
sistemático: 89.

sustitutivos en la multa: 400.
teleológico: 88.
Prohibiciones tabú: 28.
Provocación: 370.
Psicologismo: 142; 237.
Punibilidad: 255 a 267.
condiciones objetivas de: 256 y siguientes.
Punición de las ideas: 375.

R

Reclusión: 399.
por tiempo indeterminado: 411.
Recurso de inaplicabilidad de la ley o doctrina legal: 61.
Régimen progresivo: 429.
Rehabilitación: 402.
Reincidencia: 416 y siguientes.
ficta: 416.
múltiple: 411.
real: 416.
Reparación del daño producido por el delito: 442.
Reproche, juicio de: ver Juicio.
Resoluciones manifestadas: 375.
Responsabilidad
civil: 347.
objetiva: 232; 299.
subjetiva: 232.
Resultado: 164.
Retribución: 10.
Retroactividad de la ley penal: 98.
Riesgo permitido: 243, c.

S

Salud mental: 246.
Sanción: 68.
Sentencia indeterminada: 397.
Sistema
penal soviético: 43.
vicarial: 12.
Sociología crítica: 44.
Socorro a terceros (defensa de): 297, c, 1, *a*.
Solidaridad reparatoria: 447.
Sordomudez: 304, b.
Subsidiariedad: 272.
Sucesión de leyes penales: 97; 101.
Sujeto
activo: 198.
pasivo: 197.
calificado: 197.

T

Talión: 30.
Talmud: 31.
Temor: 337.
Tentativa: 217; 378 a 387.
acabada: 384.
culpabilidad de la: 381.
culposa: 381.
de complicidad: 364.
inacabada: 384.
inidónea: 388.
irreal, supersticiosa o mágica: 389.
Teoría (s)
analítica o estratificada del delito: 133, 134 y siguientes.
crítica de la sociedad: 44.
de la accesoriedad limitada: ver Participación.
de la accesoriedad máxima o extrema: ver Participación.
de la causalidad adecuada: 166.
de la causalidad humana: 166.
de la causalidad típica: 166.
de la coacción: ver Coacción.
de la impresión: 388.
de la imputación objetiva: 166.
de las normas: 79.
de los elementos negativos del tipo: 226; 325.
del error: ver Error.
del riesgo: 296.
formal-objetiva sobre la autoría: ver Autor.
material-objetiva sobre la autoría: ver Autor.
negativa del delito: 277 y siguientes.
pura del derecho: 39.
sobre el comienzo de ejecución del delito: ver Comienzo de ejecución.
sobre el fin de la pena: 10.
social de la acción: 157; 205.
subjetivas sobre la autoría: ver Autor.

Terror: 304, d.
Tiempo de comisión del delito: ver Delito.
Tipicidad: 183 y siguientes.
  conglobante: 145.
Tipo (s): 183 y siguientes.
  abiertos: 207; 210.
  avalorado: 226.
  básicos: 214.
  calificados: 214.
    agravados: 214.
    atenuados: 214.
  cerrados: 207.
  de doble culpabilidad: 245.
  de injusto: 226.
  de intención trascendente: 212.
  de tendencia interna peculiar: 212.
  de voluntad o intención: 210.
  derivados: 214.
  elementos
    descriptivos del: 188.
    negativos del: ver Teoría.
    normativos del: 208.
    subjetivos del: 162; 212.
  extensiones del: 217; 348.
  falta de: 278; 293.
  general: 150.
  objetivo: 143; 311.
  permisivos: 297; 297, c.
  rector: 139.
  simples: 214.
  sistemático: 150.
  subjetivo: 143; 234; 311.
  total: 226.
Trastorno mental transitorio: 304, f.
Tratados internacionales: 72.

U

Ultractividad de la ley penal más benigna: 98.
Unidad
  de hecho: 269.
  social de sentido: 270.
Unificación de penas: 275.
Univocidad: ver Comienzo de ejecución.

V

Validez
  de la ley penal: 95 y siguientes.
  espacial de la ley penal: 113 y siguientes.
  personal de la ley penal: 118 a 120.
  temporal de la ley penal: 96.
Venganza de sangre: 29.
"Versari in re illicita": 244; 249.

La fotocomposición y armado de esta edición se realizó en EDITORIAL ASTREA, Lavalle 1208, e impresa en sus talleres, Berón de Astrada 2433, Capital Federal, en la primera quincena de febrero de 1992.